

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C**



**INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR E IGUALDAD JURÍDICA DE LA  
MUJER: LA PERSPECTIVA SUBJETIVA DEL JUEZ EN LOS JUICIOS  
QUE RESUELVEN LA GUARDA Y CUSTODIA**

**TESINA**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADA EN DERECHO**

**PRESENTA**

**LIDANA MONTOYA FERNÁNDEZ**

**DIRECTORA DE LA TESINA:**

**DRA. ANA LAURA MAGALONI KERPEL**

**MÉXICO, D.F, SEPTIEMBRE 2013**

A Dios, por haber sido la fuerza y el amor, durante este proyecto y en mi andar diario.

A mi madre, por ser mi inspiración, mi gran ejemplo, mi maestra de vida, mi gran apoyo, mi mejor amiga. La mejor.

A mi padre, porque su ausencia también ha estado presente en mi vida; por ser un buen amigo, por las risas, las bromas y los tragos coquetos departidos.

A mi *abuelita Meche*, por ser un ser humano extraordinario, haber cuidado de mi y estado conmigo siempre, hasta el día de hoy.

A mis tíos y tías, primos y primas, por ser siempre un gran apoyo; por la sencillez, nobleza y firmeza que los caracteriza.

A la Dra. Magaloni, por haber confiado en mi tema de tesis, por su preocupación, ocupación y atención en mi trabajo y mi persona. Mi más sincero respeto, agradecimiento y admiración, como persona, docente y abogada.

A Estefanía y Alejandro, por haber impartido el taller de Derechos Sexuales y Reproductivos, y haber inspirado, en gran parte, mi objeto de estudio.

Al Dr. Mijangos, por haber sido uno de los mejores profesores del CIDE durante mi paso, haber aceptado ser mi lector; por su preocupación, ocupación y atención, y su gran calidad humana.

A Estefanía, por haber aceptado ser mi lectora, por la energía, el interés y la disposición como catedrática y lectora, y por hacerme ver que detrás de las leyes que rigen a La Familia, hay discursos sexistas y de género.

A la Mgda. Adriana Canales, por ser tan linda y dulce conmigo, haberme permitido trabajar con ella, enseñarme e involucrarme en la vida del Tribunal, haber mostrado interés en mi tema de tesis, ayudar a proporcionarme la mayor parte de los casos que utilizo en este trabajo, y por haber sido y ser un gran referente en mi vida estudiantil y profesional.

A la Tercera Sala de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, por tantas atenciones y apoyo; por haber sido mi primer contacto con la realidad laboral, y por enseñarme gran parte del derecho procesal.

A Elsa, por haber sido mi hermana en el D.F, por haber cuidado de mi, por haber sido y ser una gran amiga y un extraordinario ser humano, y por nunca haberme dejado caer, a pesar de los malos ratos.

A Ceci, Ana y Rubí, por ser las mejores amigas e inspirarme; porque a pesar de la distancia, siempre estuvieron en cualquier dificultad dentro y fuera del CIDE.

A Denisse y Sabsil, por haber sido grandes apoyos durante este proyecto y haber confiado en mi, en todo momento. A Sabsil, por inspirarme y compartir grandes locuras; a Denisse, por esa gran fuerza y su incondicionalidad.

A Etzel y Juan Pablo, por haber sido mis dos grandes compañeros y amigos durante este proyecto; por haberme dejado aprender de ellos como personas y colegas, y por tantas bonitas experiencias dentro y fuera del CIDE. A Juan Pablo, por haber sido mi hermano dentro del salón, con quien tanto me pelée y me contenté. A Etzel, por haber sido mi “chiqui”, mi “baby”, por tanta

pertinencia y ocurrencia, y por haberme obligado y ayudado a estudiar para mi extraordinario de Obligaciones I.

A Cris y Jacky, por ser y haber sido, a veces más y a veces menos, un gran apoyo en este camino recorrido; por haber sido grandes y buenas compañeras, por haber sufrido y gozado juntas, y por tantas bonitas experiencias dentro y fuera del CIDE. A Cris, por el apoyo que siempre me ha dado y el gran ser humano que me ha mostrado.

A Amalia y María José, por haber sido mis dos primeras grandes compañeras en el CIDE y en la Ciudad de México, por tantas tardes de estudio, noches de desvelo, por haber compartido miedos, tristezas y alegrías; porque a pesar de las dificultades experimentadas al interior del CIDE, hemos crecido y aprendido al mismo tiempo; porque después de tanto tiempo, siguen siendo grandes amigas y compañeras.

A mis compañeros de salón, por haberle dado sabor al CIDE.

A Paulina, Meche, Gris, Luza, Jerson y Tachi-dito, por todo el cariño.

A Judith, Xóchitl, Karen, Raquel y Aby.

A Víctor, por ser el mejor y más grande compañero, por nunca haberme dejado dar por vencida, por inspirarme, mostrarme que hay muchos más caminos por andar y que la fuerza lo es todo.

A Luis Miguel, porque su música me permitió largas noches de desvelo; por ser un ejemplo más de que para ser grande no sólo no es necesario, sino es condición, pasar desapercibido; por ser el segundo ejemplo perfecto de un padre desobligado.

## ÍNDICE

<b>1. Introducción .....</b>	<b>6</b>
<b>2. Interés Superior del Menor. Concepto .....</b>	<b>9</b>
<b>a. Estado de la situación.....</b>	<b>9</b>
<b>b. Concepto.....</b>	<b>12</b>
<b>3. Presunción legal a favor de la madre .....</b>	<b>23</b>
<b>a. Justificación.....</b>	<b>22</b>
<b>b. Presunción <i>Iuris Tantum</i>.....</b>	<b>30</b>
<b>4. Cuatro casos .....</b>	<b>34</b>
<b>a. Miriam vs. Rood Jane.....</b>	<b>35</b>
<b>b. “Karen Atala Riffo e hijas”.....</b>	<b>42</b>
<b>c. Yelitza vs. Julio Paulo.....</b>	<b>48</b>
<b>d. Luz María vs. Sergio Antonio.....</b>	<b>54</b>
<b>5. Conclusión.....</b>	<b>60</b>

# **Interés Superior del Menor e igualdad jurídica de la mujer: la perspectiva subjetiva del Juez en los juicios que resuelven la guarda y custodia**

## **I. INTRODUCCIÓN**

A partir de la Convención y Declaración de los Derechos del Niño, el Interés Superior del Menor fue incorporado a la legislación mexicana con el objeto de convertirse en el principio rector de la actuación del Estado mexicano. Así, los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial están obligados a garantizar las mejores condiciones de desarrollo para los niños y las niñas del país. Desde la labor judicial, el Interés Superior del Menor es concebido como el principio constitucional que rige los procedimientos judiciales en los que intervienen menores; en los juicios ordinarios civiles y los de controversia del orden familiar, el Interés Superior del Menor es el criterio atendible por la autoridad al decretar la guarda y custodia, provisional y/o definitiva, del menor. Por lo tanto, atendiendo a la conceptualización que los juzgadores tienen del Interés Superior del Menor, así como a la correcta valoración de las pruebas ofrecidas y exhibidas por las partes, las resoluciones judiciales que decretan la guarda y custodia deben estar fundadas en el menor perjuicio y mayor beneficio, que garantice el pleno desarrollo físico, emocional e intelectual del menor.

Sin embargo, debido a la complejidad de las relaciones sociales, las cuales intentan hallar una solución a través de la labor judicial, el juzgador debe interpretar y aplicar la ley al caso concreto. Esto es, no existe un criterio objetivo que estime el perjuicio o beneficio que causan los padres al menor; por el contrario, aquél atiende a las particularidades del caso específico. Tales particularidades sirven a los juzgadores para que la interpretación y construcción del Interés Superior del Menor conlleve cargas subjetivas que determinen el sentido de la resolución del caso; esto, en ocasiones, transgrede derechos humanos de las partes e incluso, al propio Interés Superior del Menor.

La solvencia o insolvencia económica de la madre nunca ha sido una variable determinante para concederle o suspenderle la guarda y custodia a aquélla. En este sentido, siempre que el desahogo de la prueba pericial psicológica determina que no existe riesgo alguno en que el menor conviva con su madre, los jueces y magistrados conceden la guarda y custodia a aquélla sin realizar un análisis exhaustivo del entorno de la madre. Sin embargo, ocurre lo contrario tratándose de mujeres que no satisfacen un estereotipo de sexualidad y de roles sexuales.<sup>1</sup> Esto es, la prueba pericial psicológica es completamente desestimada por el juzgador, y, al tiempo que la mujer es discriminada, el menor es privado del derecho a convivir con su madre; es decir, los jueces sobreponen sus prejuicios y

---

<sup>1</sup> De acuerdo con Rebecca Cook y Simone Cusack, por **estereotipo de sexualidad** han de entenderse las cualidades y los privilegios sexuales de la mujer. De acuerdo con este estereotipo, la mujer posee un elemento sexual predominante que determina su carácter reproductivo. En este sentido, en tanto el sexo es condición de la reproducción y aquél sólo se legitima dentro del matrimonio, el estereotipo de sexualidad condena todo acto sexual fuera del matrimonio; no así, al hombre. Por otra parte, el **estereotipo de roles sexuales** asigna determinados roles al hombre y la mujer. Mientras la mujer posee una desventaja física respecto al hombre, a ésta le corresponde la atención y el cuidado del hogar y los hijos; esto es así por suponer que, en tanto débil, la mujer no requiere realizar un relevante esfuerzo físico e intelectual. Por el contrario, el hombre, quién es sexualmente fuerte, debe realizar las labores que supongan mayor esfuerzo físico e intelectual; particularmente, la provisión económica al hogar. Este estereotipo es el que determina los roles de género del hombre y la mujer al interior de la familia y la sociedad. COOK, Rebecca v Simone Cusack. *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010).

concepciones subjetivistas, relegando, así, los derechos humanos de las partes y el Interés Superior del Menor, yendo, a todas luces, contra los artículos 1 y 4 constitucionales.

Para demostrar lo anterior, desarrollaré cinco apartados. En el primero, expondré el concepto de lo que, algunos teóricos y juristas, han denominado “Interés Superior del Menor”. En el segundo, la presunción, *iuris tantum*, a favor de la madre de poseer la guarda y custodia del menor: su justificación y en qué casos admite prueba en contrario. En el tercero, expondré cinco casos: los dos primeros mostrarán que la guarda y custodia es concedida a la madre sin mayor conflicto, mientras que, los tres últimos, exhiben que aquella es arrebatada de la madre bajo un sesgo subjetivista e infundado. Por último, mostraré que la argumentación de los jueces exhibe un claro sesgo en cuanto a la concesión de la guarda y custodia del menor, siempre que el rol sexual de la mujer se ve controvertido.



## II. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. CONCEPTO

### 1.1 Estado de la situación

Para estudiar el Interés Superior del Menor es indispensable identificar tres momentos históricos: 1) el surgimiento y reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas; 2) el Interés Superior del Menor como mera expresión; esto es, sin ninguna trascendencia jurídica y 3) el Interés Superior del Menor como principio universal de reconocimiento a los derechos humanos de los niños y las niñas.

#### 1.1.1 Surgimiento y reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas

El reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas es resultado de un proceso gradual de los sistemas jurídicos nacionales. Inicialmente, “los intereses de los niños eran un asunto privado que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos”. Esto es, los niños y las niñas eran personas ignoradas por el derecho; por el contrario, eran parcialmente reconocidas en la medida en que sus padres poseían, sobre ellos y ellas, facultades discrecionales jurídicamente reguladas. Paulatinamente, comenzó a ser reconocida la existencia de derechos de niños y niñas, así como la autonomía de los mismos y las mismas, en relación con los derechos de sus padres. “En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres. Igual trayectoria se observa en el derecho francés”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Cillero, Miguel. *El interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Pp. 6

### **1.1.2 Interés Superior del Menor como mera expresión**

El Interés Superior del Menor, como expresión, surgió a principios del siglo XX; aquélla fue incorporada por primera vez a la Declaración de Ginebra de 1924. Inicialmente, la referencia fue hecha como un mecanismo para consolidar y afianzar el proceso de reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas en el que el niño y la niña debían ser pública y jurídicamente protegidos. Por ejemplo, en Asia, Oceanía y África, “las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior. Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia”<sup>3</sup>. Esto es, si bien el Interés Superior del Menor comenzaba a ser un referente para la protección jurídica de los derechos de los niños y las niñas, aún no podía ser considerado un Principio Universal, pues su aplicación era relativa: mientras su uso era efectivo en Inglaterra, en América Latina apenas comenzaba el reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas.

### **1.1.3 Interés Superior del Menor como principio universal**

Así, el proceso de reconocimiento y afirmación de los derechos de los niños y las niñas logró concretizarse en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. La citada

---

<sup>3</sup> *ibidem*, 7.

Convención refleja, por una parte, el reconocimiento y la protección de los derechos del niño y la niña; y, por otra, el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos de los niños; esto es, “la Convención supera visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas”<sup>4</sup>. Así, a partir de 1989, los intereses de los niños se convirtieron en genuinos derechos: “los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado”<sup>5</sup>, lo cual implica la creación de un principio rector-guía de la Convención: el Interés Superior del Menor, entendido éste como como el principio universal de reconocimiento a los derechos humanos de los niños y las niñas.

De lo anterior cabe concluir que el Interés Superior del Menor no es una expresión en sí misma, sino producto de un largo proceso de reconocimiento de los derechos humanos de los niños y las niñas en el mundo. Esto es, el Interés Superior del menor, entendido como el principio rector de la actuación de los Estados, fue gestado regionalmente, lo cual dificultó el surgimiento de un solo sentido y una sola interpretación del mismo principio. Así, a partir de la Convención de los Derechos del Niño surge el Interés Superior del Menor como un principio universal pendiente a las condiciones internas de cada país.

---

<sup>4</sup> *Íbidem*, 8.

<sup>5</sup> *Íbidem*

## **1.2 Concepto**

Para entender *qué* es el Interés Superior del Menor propongo una estructura de análisis deductiva; esto es, atender de lo general a lo particular: del escenario internacional en el que se gestó el Interés Superior del Menor, como expresión y principio, a su conceptualización doméstica. En el presente trabajo se analizará el Interés Superior del Menor a la luz de la Convención de los Derechos del Niño. Asimismo, se analizarán la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), la Ley para la protección del Niño, la Niña y el Adolescente, así como el Código Civil del Distrito Federal. Posteriormente, se estudiarán distintas tesis y jurisprudencias, tanto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como de los Tribunales Colegiados y, en seguida, se analizarán dos posturas doctrinarias: la primera, de Miguel Cillero Bruño y, la segunda, la que sostiene la mayoría de las Cortes Internacionales. Finalmente, y en consecuencia a lo esbozado con antelación, concluiré que el Interés Superior del Menor es una categoría jurídica indeterminada; esto es, un concepto casuístico, mas no legislativo.

### **1.2.1 Convención de los Derechos del Niño**

Como ya quedó asentado, la Convención de los Derechos del Niño representa la máxima expresión internacional en el reconocimiento de los derechos del niño y el Interés Superior del Menor. Es el artículo 3, párrafos 1 y 2, del citado tratado, en el que el Interés Superior del Menor cobra relevancia y se convierte en un principio rector de la actuación de las autoridades domésticas:

Artículo 3:

1. “Es de consideración primordial que en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos atiendan al Interés Superior del Menor.
2. “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

### **1.2.2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

La CPEUM contiene los principios básicos que rigen la actuación del Estado mexicano; sin embargo, a través de hipótesis normativas y consecuencias jurídicas, las leyes ordinarias resguardan el texto constitucional y lo materializan. Esto es, el artículo 4 de la CPEUM sólo enuncia la obligación del Estado mexicano de acoger al Interés Superior del Menor y afirma que:

“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”.

### **1.2.3 Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes**

En el año 2000, en México, entró en vigor la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria del párrafo 6 del artículo 4 de la CPEUM. De acuerdo con el artículo 4 de la misma ley:

“De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### **1.2.4 Código Civil para el Distrito Federal**

El artículo 416 Ter del Código Civil del Distrito Federal (CCDF), establece que:

“se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II.- El

establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables”.

### **1.2.5 Jurisprudencia y tesis**

De acuerdo con la interpretación judicial, por Interés Superior del Menor se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.<sup>6</sup> Por otra parte, los tribunales mexicanos han determinado que “el sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos”.

### **1.2.6 Doctrina**

---

<sup>6</sup> Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 9° época. Tesis aislada: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. Registro No. 164025.

Doctrinalmente, no existe una sola concepción del Interés Superior del Menor. Si bien la doctrina mexicana y la autoridad judicial competente han intentado definir este principio, existen múltiples concepciones del mismo, cada uno determinado por el contexto particular de quien define. Existen dos posturas: la que concibe al Interés Superior del Menor como un principio que engloba un concepto determinado y aquella que lo concibe como un principio indeterminado. Miguel Cillero, prestigioso jurista chileno, concibe al Interés Superior del Menor como “el principio rector de la Convención que queda definido por la plena satisfacción de sus derechos”;<sup>7</sup> es decir, Cillero sostiene que cuando se tengan que adoptar medidas en las que intervengan menores, se han de elegir conforme al Interés Superior del Menor, el cual garantiza la máxima satisfacción y la menor restricción de los derechos del menor. Esto es, el Interés Superior del Menor es concebido como un principio determinado que implica el mayor beneficio y menor perjuicio en los derechos del menor.

Una segunda postura afirma que “el Interés Superior del Menor es un principio al que los juristas llaman indeterminado y que, por tanto, está vacío de contenido, mismos que se van llenando con el resto del ordenamiento jurídico y con los intereses legítimos en cada caso; por tanto, se trata de un concepto complejo que en ocasiones puede ser contradictorio en su aplicación”.<sup>8</sup> A partir de esta postura debe entenderse al Interés Superior del Menor como un principio indeterminado, cuya determinación está pendiente a los límites del caso concreto, los cuales varían atendiendo a las características de los actores en el juicio.

### **1.2.7 Conclusión**

---

<sup>7</sup> Cillero, Miguel. *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Pp. 8.

<sup>8</sup> Alonso, Consuelo en Asociación para los Derechos del Niño y la Niña. *El Interés Superior del Niño*. Pp. 2.



De las definiciones anteriores cabe concluir un elemento en común: ninguna describe qué es el Interés Superior del Menor; esto es, enuncian generalidades, mas no refieren los procesos interpretativos. Por una parte, el artículo 3, párrafo 1, de la Convención de los Derechos del Niño enuncia la obligación de los Estados-parte de velar por el Interés Superior del Menor a través de sus autoridades legislativas y judiciales; sin embargo no es sino en el párrafo 2 del citado Convenio en el que refiere que los signatarios deberán atender al cuidado y bienestar de los infantes. Si bien lo anterior indica un referente para las autoridades, no está completamente clarificado el contenido, pues no le está dando sentido a palabras como “cuidado” y “bienestar”. En este orden de ideas cabe advertir que la Convención de los Derechos del Niño únicamente hace obligatorio el Interés Superior del Menor, mas no otorga un lineamiento de actuación e interpretación a las autoridades domésticas.

Por su parte, la Constitución funge como fundamento del Estado mexicano y, por tanto, no enuncia cómo deberá ser interpretado y aplicado el Interés Superior del Menor. Por el contrario, sólo reitera la obligación del Estado mexicano de velar por la más amplia protección de los derechos de los niños y las niñas, y sostiene que estos y éstas tienen derecho a la salud, la educación, la alimentación y el sano esparcimiento.

En el mismo sentido, a pesar de que las leyes ordinarias dotan de contenido a los principios consagrados en la Constitución, de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y El Caribe, la legislación mexicana no presta la debida atención al principio del Interés Superior del Menor. De los artículos 4 y 416 Ter de la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y del Código Civil para el Distrito Federal, respectivamente, es pertinente concluir que la ley mexicana no explica

cómo debe entenderse el Interés Superior del Menor en sí mismo, ni en relación con otros principios constitucionales. Por su parte, la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes establece que el Interés Superior del Menor tiene por objeto el crecimiento y desarrollo pleno del niño y la niña dentro de un ambiente de bienestar familiar y social. El artículo 416 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, por su parte, es más exhaustivo al respecto. El citado precepto alude a la salud, alimentación y salud de los niños y las niñas; a un ambiente de respeto, libre de cualquier tipo de violencia familiar, así como a todos los derechos de los niños y las niñas reconocidos en leyes y tratados internacionales; no obstante, no explica de qué forma las autoridades mexicanas deberán dar cumplimiento a cada uno de los rubros citados con antelación.

De esto se desprende que la ley civil mexicana sí explica qué es el Interés Superior del Menor, mas no detalla cómo debe entenderse en sí mismo, ni en relación con los derechos humanos de las partes. En este sentido, la ley conlleva resoluciones judiciales guiadas más por las cargas subjetivistas del juez, que por criterios objetivos que satisfagan, cabalmente, el criterio teleológico de la ley.

Por su parte, la tesis citada con antelación no enmarca los límites del Interés Superior del Menor, al interior de los juicios ordinarios civiles o de controversia del orden familiar, en los que los menores, al igual que los adultos, forman parte. En este sentido, es relevante conocer cómo la autoridad concibe al Interés Superior del Menor frente a los adultos. De acuerdo con los Tribunales Colegiados, “el concepto interés superior del menor, cuya salvaguarda es prioritaria en el sistema jurídico mexicano, permite delimitar con precisión y claridad los derechos y obligaciones que corresponden a las personas adultas en relación con los niños, para lo cual se privilegia el deber de atenderlos y

cuidarlos, con el objeto permanente de alcanzar el mayor bienestar y beneficio posibles para ellos, como un imperativo de la sociedad; de manera que su protección se ubica incluso por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos, con lo cual se cumple una trascendente función social de orden público e interés social”.

Doctrinalmente, el concepto de Miguel Cillero atiende únicamente a la forma, mas no al fondo del principio. De acuerdo con el citado autor, el Interés Superior del Menor es el eje regulador de la Convención de los Derechos del Niño e implica la máxima ampliación y menor restricción de los derechos del menor. No obstante, Cillero no refiere cuáles son esos criterios que deben regir la citada convención. Por esto, la interpretación que hace Cillero resulta vaga e insuficiente, pues no constituye un referente para el juzgador, al momento de analizar el caso concreto; es decir, lo que Cillero refiere como “plena satisfacción de sus derechos” queda sujeto a la interpretación del juez. En este sentido, el Interés Superior del Menor no constituye un principio determinado.

La segunda postura sostiene que el Interés Superior del Menor carece de todo contenido cierto. Por el contrario, éste va definiéndose en atención a los intereses del caso en concreto. Particularmente, considero que esta postura es la más indicada para proceder al análisis y descripción de los procesos judiciales, pues todos están pendientes a las condiciones internas del caso específico. Desde esta perspectiva, el Interés Superior del Menor es un principio indeterminado que no enuncia *qué* y *cómo* debe resolver el juez. Es decir, en las particularidades de cada caso, los juzgadores hallan un momento de discrecionalidad en el cual pueden construir el *qué* y el *cómo*, a partir de cargas morales. Sin embargo, considero que esta postura no define al Interés Superior del Menor, sino lo

describe, y aduce que la definición implica un proceso paulatino en la solución de la controversia.

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior, cabe mencionar que, para resolver la guarda y custodia del menor, los juzgados y tribunales de lo familiar sólo hallan vinculante las resoluciones por Jurisprudencia de la Corte mexicana. Esto es, eventualmente, las resoluciones judiciales de juzgados y tribunales deben ir conforme a los criterios del Máximo Tribunal de Justicia en México: la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este sentido, la definición de la Corte mexicana resulta indeterminada. Si bien aquélla alude a un desarrollo humano integral, así como a un bienestar social, personal y familiar, lo deja sujeto a la discrecionalidad de la interpretación del juzgador. Esto, sin embargo, hace notar que no existe, ni existirá, una definición del Interés Superior del Menor, en tanto aquélla atiende a las particularidades del caso en concreto, pues, así, la conceptualización del Interés Superior del Menor variará atendiendo a cada caso y a cada juzgador.

En este sentido, para efectos del presente trabajo, el Interés Superior del Menor es un principio que engloba un concepto indeterminado; esto es, si se parte de la premisa de que es un principio y no, una norma, no es necesario definirlo. A partir de la labor judicial, el Interés Superior del Menor no es susceptible de ser definido, pues la labor judicial misma implica la interpretación de una ley o un principio. Así, si bien es cierto, múltiples juristas han intentado definirlo, también es cierto que su definición implicaría, a su vez, otra definición: la del juzgador conocedor del caso concreto; en este sentido, es imposible hallar una definición que resuelva, de la misma forma para todos, los juicios que conozcan de guarda y custodia.

Para una mejor comprensión, considero relevante atender a la distinción entre norma y principio de Dworkin. De acuerdo con éste, la distinción entre una regla y un principio es meramente lógica. Ambos son patrones que apuntan a decisiones particulares sobre una obligación, en circunstancias particulares, pero difieren en el carácter de la dirección a que cada una de ellas apunta. Lo que la regla indica es que su aplicación ha de ser de todo o nada: si la regla es válida, su solución tiene que ser aceptada; pero si carece de validez o no ocurren los hechos por ella previstos, la regla no contribuye en nada a la decisión. Los principios, en cambio, se comportan de otra manera. Estos apuntan a un contenido mínimo que deberá ser aplicado ineludiblemente; sin embargo, su contenido terminará de definirse atendiendo a las particularidades del caso concreto. De ellos no se sigue una consecuencia jurídica, aunque se cumplan las condiciones previstas. Dworkin usa el término “principio” para referirse a todo el conjunto de patrones que no son reglas<sup>9</sup>.

Por lo anterior, considero que el Interés Superior del Menor debe entenderse como un principio indeterminado sujeto a la discrecionalidad del juez, cuyo objetivo es garantizar las mejores condiciones para un adecuado desarrollo físico, emocional e intelectual del menor. Sin embargo, considero que la enunciación de los objetivos del citado principio no es relevante en la labor interpretativa de los tribunales y juristas mexicanos. La importancia del Interés Superior del Menor no recae exclusivamente en su fin último. Por el contrario, debido al alto grado de discrecionalidad que posee el juzgador, considero pertinente incluir los criterios básicos con los que el juzgador ha de resolver; esto, con la finalidad de reducir el espectro en el que pueda intervenir la subjetividad del juzgador.

---

<sup>9</sup> Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. México: Ariel Derecho, 2008.

### **III. PRESUNCIÓN LEGAL A FAVOR DE LA MADRE**

#### **A. Justificación**

El párrafo IV, inciso “B”, del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) contiene la presunción legal a favor de la madre de detentar la guarda y custodia del menor. De acuerdo con el citado precepto y en caso de que alguna de las partes promueva un juicio de divorcio, “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”. Esto es, la referida presunción implica que el menor de doce años debe permanecer con la madre, si y sólo si no existe peligro grave para el adecuado desarrollo del menor. Explico a continuación.

En un juicio ordinario civil o de controversia del orden familiar, el Juez está obligado a decretar la guarda y custodia del menor a favor de la madre, siempre y cuando el padre no se oponga; esto es, la madre es quien posee la presunción legal de ostentar la guarda y custodia del menor. Esto conlleva consecuencias trascendentales para las partes en el juicio. Jurídicamente, la madre detenta el derecho a mantener con ella a su hijo y convivir con el mismo, y la “doble” obligación de cuidarlo y atenderlo, y proporcionarle alimentos incorporándolo a su domicilio. Por su parte, el padre está obligado a proporcionarle una pensión alimenticia por concepto de alimentos, al tiempo que, aquél, tiene derecho a que el Juez fije un régimen de visitas y convivencia con el menor. Social y culturalmente, lo esto trae fuertes implicaciones; por ejemplo, el otorgamiento de más o menos poderes a unos u

otros actores, mientras, por ley, a la madre le corresponde el cuidado y la atención de los hijos, el hombre satisface sus obligaciones ministrando alimentos. Por esto, si bien, jurídicamente, existen derechos y obligaciones proporcionales para las partes, la presunción legal a favor de la madre muestra que no existe una completa neutralidad de género en la institución de la guarda y custodia.

La justificación a este principio ha sido cuestionada por teóricos del derecho interesados en comprender conceptos como justicia e igualdad al interior del derecho. Existen dos defensas: la primera sostiene que la citada presunción está basada en roles y estereotipos de género, mismos que identifican a la mujer con la reproducción y la maternidad, así como con el cuidado y la atención del menor; la segunda, que aquélla no está sustentada en estereotipos, sino en uno de los principios constitucionales a los que debe atender la autoridad mexicana: el Interés Superior del Menor.

Los criterios que ha sostenido la Corte demuestran que la justificación a la referida presunción implica un trasfondo histórico, social y cultural; por ejemplo, en los años 70, la mujer era entendida distinta al hombre y, por lo tanto, los derechos y las obligaciones que a ella correspondían eran distintos a las del hombre. El legislador y el juez mexicano partían del presupuesto de que la madre era el progenitor más apto para el cuidado y la atención de los hijos. Sin embargo, a finales de los años 90, con el fortalecimiento de la democracia y la expansión de derechos, la Corte determinó que la citada presunción no está basada en un estereotipo de género; esto es, tanto la madre como el padre son aptos para cuidar y atender a los menores. Por esto, a partir de los años 90, la guarda y custodia está definida dentro de los límites de la igualdad de género; así, la presunción legal a favor de la madre debe

entenderse en relación con uno de los principios constitucionales que rigen la actuación del Estado mexicano: el Interés Superior del Menor.

A continuación explicaré los dos criterios que ha sostenido la Corte mexicana. Brevemente, el de la 7° y 8° época, para profundizar más en el de la 9°. Para desarrollar este último, realizaré dos apartados: uno, en el que describiré los estudios científicos referidos por el Máximo Tribunal, los cuales sirven de sustento al mismo, y otro, en el que explicaré la postura de la Corte.

\*

Los primeros pronunciamientos judiciales en torno a la guarda y custodia del menor surgieron durante la séptima y octava época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); entonces, la presunción legal a favor de la madre de ostentar la guarda y custodia no estaba enmarcada dentro de los límites de la igualdad de género y/o del Interés Superior del Menor. Por el contrario, los criterios pronunciados por el Máximo Tribunal estaban basados en estereotipos de roles y estereotipos de género, mismos que ponían en desventaja a la mujer, respecto al hombre. De acuerdo con la Corte, la mujer tenía una aptitud física y cultural encaminada a la protección y el cuidado; y, en ese sentido, aquélla era quién debía detentar la guarda y custodia del menor. Lo anterior puede entenderse a partir de dos tesis aisladas pronunciadas por la, aún, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

**GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR. DEBE OTORGARSELE A LA MADRE HASTA LA EDAD LEGAL.**

**Existe interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la edad que fija el Código Civil aplicable, por que (sic) es quien se encuentra más capacitada para**



**atenderlos con eficacia, esmero y cuidado necesarios;** de tal suerte, que si no se está en los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado el menor de edad del cuidado de la madre, éste no podrá pasar a la custodia del padre que así lo solicita.

**GUARDA DEL MENOR. DERECHO PREFERENTE DE LA MADRE, EN EL INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESION (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON).**

No es verdad que la responsable este (sic) obligada a tomar en consideración circunstancias tales como: la posesión detentada por el padre durante varios años, si el derecho que dice tener éste para gozar de la custodia de su hija lo trata de conservar con base en un acto ilegal, consistente en la desposesión de la menor; que a la fecha del dictado de la sentencia de segundo grado ya tuviera esta la edad de seis años cuatro meses y dieciocho días, pues tampoco trasciende al resultado del fallo combatido, en virtud de que los artículo 260 del Código Civil y 174 del de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, aplicados analógicamente por el ad quem, categóricamente confieren a la madre el derecho preferente para que se encargue, de manera exclusiva, de la guarda de los menores tanto de cinco como de siete años, y la razón que tuvo para ello el legislador, no la finca en un depósito de persona o en una declaración de nulidad o de divorcio, **sino en la imperiosa necesidad de que sean atendidos precisamente por su madre, a quien por haberles dado el ser, se le considera la mas (sic) apta para prodigarles las atenciones y cuidados necesarios para su correcto desenvolvimiento físico y espiritual;** y en cuanto a que debieron tenerse en cuenta los intereses de la menor, dicha afirmación es inexacta, ya

que no es el derecho a ejercitar la patria potestad la materia de la controversia, sino la cuestión relativa a la guarda y custodia provisional de la menor.

De las tesis citadas con antelación, cabe concluir que los jueces constitucionales no concebían la guarda y custodia a partir de la igualdad de género; por el contrario, la atención y el cuidado de los menores era una obligación jurídica conferida exclusivamente a la mujer, en atención a una práctica social reiterada. El contexto social de los años sesenta y setenta fundamentaron la presunción legal a favor de la madre al entender a la mujer como el progenitor más noble, sensible, amoroso y apto para atender al menor. Sin embargo, la argumentación de la Corte no se limitó a las cualidades sociales y culturales de la mujer, sino que intentó justificar la citada presunción con base en las cualidades anatómicas y fisiológicas de la mujer: la reproducción. De acuerdo con el Máximo Tribunal, existía una correlación entre reproducción y aptitud para cuidar y atender al menor. De lo anterior cabe concluir que la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer era un presupuesto que aún no existía en los años sesentas y setentas. Por ello, en atención al orden público, los jueces mexicanos volvieron jurídica una obligación que, culturalmente, estaba fuertemente cargada de roles y estereotipos de género que configuraban a la mujer como el sexo débil respecto al hombre. En este sentido, alrededor de los años sesenta y setenta, la figura de la guarda y custodia era determinada por una práctica social y criterios subjetivos, más que por estándares objetivos.

\*

En la novena época, el criterio de la Corte cambió radicalmente. La presunción legal a favor de la madre de ostentar la guarda y custodia ya no era entendida en razón de

género, sino del Interés Superior del Menor. La Corte sostuvo que tanto el hombre como la mujer poseen las mismas capacidades y aptitudes y, por lo tanto, no hay un cónyuge que sea considerado más o menos apto para atender a los hijos y al hogar. De acuerdo con la SCJN, la referida presunción está basada en estudios científicos, los cuales refieren la trascendencia que tiene la ausencia materna en el desarrollo del bebé.<sup>10</sup>

De acuerdo con los estudios referidos por el Máximo Tribunal de Justicia, el complejo de Edipo muestra que, durante los primeros años de vida del menor, éste sufre desapego al padre y, consecuentemente, necesita de su madre para lograr un adecuado desarrollo físico y mental. Por ejemplo, René Spitz fue uno de los primeros que observó la importancia que tenía la ausencia materna en el futuro desarrollo del bebé. Habló de “hospitalismo” como el término que describe el efecto de la separación precoz de la madre por un ingreso hospitalario y la depresión anaclínica o depresión por dependencia que aparecía en los bebés y les podía llevar en algunos casos a la muerte. Spitz y Winnicott, estudian los organizadores alrededor de los cuales se desarrollaba el niño. Uno de ellos, “el miedo al extraño”, que se producía alrededor del octavo mes de vida y confirmaba que el bebé tenía ya una representación permanente y diferenciada de su madre. La presencia del extraño equivalía a la ausencia de la madre y el bebé desplazaba sus primeras angustias de separación sobre esa persona extraña. Todas estas primeras observaciones ayudaron a comprender la importancia que tienen los cuidados maternos en la primera etapa de vida de un niño.

Asimismo, John Bowlby tomó en cuenta los trabajos de los etólogos y el comportamiento animal sobre la impronta y propuso la llamada “Teoría del Apego”; ésta afirma que la naturaleza de los vínculos entre el bebé y la madre es la expresión del apego

---

<sup>10</sup> *Íbidem*

generalizado y ello protege al niño. El bebé es el ser más desvalido de las especies, al nacer no puede seguir a la madre ni agarrarse a ella. Por tanto, la madre debe interpretar las señales que le da el pequeño. El intercambio es bilateral y proviene de uno o de otro de ellos. No se trata de los cuidados que da la madre, sino que es una relación de intercambios. Ella propicia afectos armonizados y sincronizados que se expresan a través de la mímica, del diálogo tónico y de las vocalizaciones. Destaca Bowlby que, en primer término, el estatuto primario de los vínculos importantes en el plano afectivo entre los individuos y, en segundo lugar, la poderosa influencia en el desarrollo de un niño de la manera en la que sea tratado por los padres y especialmente por la figura materna. Durante el primer año de vida, el niño manifiesta una serie de reacciones constitutivas de eso que más tarde será un comportamiento de apego, pero el esquema organizado de este comportamiento no se desarrolla antes de la segunda mitad del primer año.

D. Winnicott, hace hincapié en la influencia del ambiente sobre el desarrollo psíquico del ser humano. El entorno, representado al principio por la madre o un sustituto, es el que permitirá o entorpecerá el libre despliegue de los procesos madurativos. Divide los dos primeros periodos de vida de la siguiente manera: Periodo inicial (desde el nacimiento a los seis meses). En este tiempo el niño se encuentra en un estado de dependencia absoluta respecto al entorno, es decir, de la madre. El segundo periodo (de los seis meses a los dos años) es un estado de dependencia relativa. En el primer periodo hay unas necesidades de orden corporal ligadas al desarrollo psíquico del yo. La adaptación de la madre a estas necesidades del bebé se concreta en tres funciones maternas: 1. La presentación del objeto: comida representada por el pecho o el biberón. 2.  *Holding*  o mantenimiento: rutina en forma de secuencias repetitivas de los cuidados cotidianos. El

bebé encuentra puntos de referencia simples y estables con los que lleva a buen término el trabajo de integración en el tiempo y en el espacio. 3. *Handling*: es la manipulación del bebé en la prestación de cuidados. Es necesario para su bienestar físico que lo experimenta poco a poco en su cuerpo y va realizando la unión entre su vida psíquica y física. Esta unión es lo que Winnicott llama personalización y que sólo se adquiere en convivencia con la madre”.<sup>11</sup>

\*

Con base en estos estudios, la SCJN resolvió que “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 solo nos referimos a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, si no, 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 también 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”.<sup>12</sup>

Cabe concluir que la Corte justifica la presunción legal a favor de la madre con base en estudios científicos realizados por psicólogos y pedagogos internacionales, los

---

<sup>11</sup> *Íbidem*

<sup>12</sup> *Íbidem*

cuales refieren que la presencia de la madre es imprescindible en los primeros años de vida del menor, pues éste suele depender, emocionalmente, de aquélla. Así, a pesar de que ha habido amparos que esgrimen, como concepto de violación, la desigualdad de género que ostenta la citada presunción, la Corte considera constitucional tal disposición en la medida en que está fundada, tanto en el Interés Superior del Menor, como en la igualdad de género; esto es, de acuerdo con la Corte, la presunción legal a favor de la madre es constitucional, pues no vulnera la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer ni el Interés Superior del Menor.

#### **B. Prueba iuris tantum**

El hecho de que, por ley, la madre posea la guarda y custodia del menor, es lo que en derecho procesal se conoce como una “presunción legal”. La presunción legal dispensa de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Las presunciones pueden ser absolutas (*iures et de iure*), es decir, no admitir prueba en contrario, o simples (*iuris tantum*), las cuales pueden ser combatidas mediante prueba en contrario. Por lo tanto, la presunción legal a favor de la madre es una presunción simple.

En este sentido, la presunción legal a favor de la madre admite prueba en contrario. Esto es, si bien es cierto que la madre posee el derecho a mantener consigo a sus hijos, cuando la convivencia entre estos y aquélla implica un riesgo para los menores, el padre o cualquier familiar interesado, tratándose de un asunto de orden público e interés social, puede reclamar la guarda y custodia, fundando y motivando cabalmente su pretensión. Así, el Interés Superior del Menor va más allá de mantener al menor con la madre; se trata, entonces, de garantizar que el menor se desarrolle con el/la progenitor/a que esté más

apto/a y capacitado/a para atender y proteger a los menores, pudiendo, entonces, ser el padre quien reclame y, en consecuencia, conserve la guarda y custodia provisional y/o definitiva de los y las menores.

En la legislación del Distrito Federal, el texto de la ley aduce que:

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

B. Una vez contestada la solicitud:

I.- El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

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

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

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

Como se desprende del último párrafo de la fracción II del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), en caso de divorcio, los menores de doce años quedarán 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”. Por su parte, los tribunales mexicanos han resuelto que:

#### **MENORES DE EDAD. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS.**<sup>13</sup>

Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando se trata de menores de edad lo más benéfico para su desarrollo y estabilidad es que se encuentren bajo el cuidado de su madre, también lo es que esto no significa que tal criterio deba aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, pues es obligación del juzgador tomar en cuenta, el interés del menor sobre cualquier otro.

#### **GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tesis aislada. Registro No. 204555. “MENORES DE EDAD. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS”.

<sup>14</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Jurisprudencia. Registro No. 185753. “GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE



El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.

Sin embargo, esto implicó un largo proceso de concientización por parte de los juzgadores. Fue hasta principios de los años 90, que la SCJN tomó más en serio el Interés Superior del Menor. En la 9° época, el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo sostuvo que, no obstante la constitucionalidad de las leyes que otorgan preferencia a la madre, el juzgador está en posibilidad de determinar que, en aras del interés superior del menor, éste quede bajo la guarda y custodia del padre. En el amparo directo en revisión 745/2009, del

---

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO”.

cual fue ponente el Ministro Juan N. Silva Meza, la Primera Sala sostuvo que, en caso de que un menor deba ser separado de alguno de sus padres, el interés superior del menor no establece un principio fundamental que privilegiara su permanencia, en principio, con la madre.

Lo anterior sirve de referente para los juzgados y tribunales familiares. Eventualmente, dentro de un juicio de divorcio o de controversia del orden familiar, desde el escrito inicial de demanda o contestación a la misma, el padre o cualquier familiar interesado puede solicitar la guardia y custodia del menor. El interesado debe fundar y motivar su pretensión, así como narrar los hechos que lleven al juzgador a cuestionar el bienestar del menor. Para esto, en la etapa de desahogo de pruebas, el interesado debe exhibir una prueba pericial psicológica, al tiempo que el juez, de oficio, ordenará un estudio psicológico para la madre, el padre y el menor. A partir de los resultados que arroje la pericial psicológica, en conjunto con el estudio de constancias, el juzgador determinará, velando por el Interés Superior del Menor, quién es el/ la progenitor/a más apto/a para cuidar y atender al menor.

#### **IV. CUATRO CASOS**

Para efectos de contrastar y hacer evidente los casos en los que, claramente, hay un sesgo subjetivo por parte del juzgador, así como para ubicar sus coincidencias y disidencias. expondré un caso en el que la guarda y custodia fue concedida a la madre; posteriormente, tres en los que fue otorgada al padre. Cada caso estará conformado por tres secciones: la primera, narrará los hechos; la segunda, explicará los argumentos esgrimidos por la

autoridad y, la tercera, realizará un breve análisis del caso, particularmente de cada uno de los prejuicios referidos por los jueces en la sentencia de primera y/o segunda instancia.

### **1. Miriam Díaz Constantino vs. Rood Jane Juárez Trujillo**

Miriam Díaz Constantino, de 22 años de edad, y Rood Jane Juárez Trujillo, de 24, contrajeron matrimonio en 2009 en el municipio de Tenango del Valle, Estado de México. Posteriormente, en enero de 2010, procrearon a Amayrami Juárez Díaz. En agosto de 2011, Miriam promovió un juicio ordinario civil en el que demandó la guarda y custodia definitiva de la menor, así como pensión alimenticia para ella y su menor hija. En la contestación a la demanda, Rood Jane presentó un escrito reconvenional en el que demandó la guarda y custodia definitiva de la menor, así como una pensión alimenticia para la misma. En la etapa de desahogo de pruebas, el demandado compareció a juicio a desahogar la prueba confesional a su cargo; en ella, refirió que desde que la bebé nació, la progenitora tuvo una actitud negativa hacia aquélla, que se desentendía de sus obligaciones, que, en repetidas ocasiones, salió del domicilio conyugal abandonando a la menor y, además, que la demandante no proporcionaba alimentos, pues era la hermana del demandado, Miriam Hernández Martínez, quien amamantaba a la menor. Asimismo, sostuvo que la actora tiene problemas de trastorno de conducta, pues aquélla se enoja sin motivo aparente al grado de relegar sus obligaciones de madre. Todo lo anterior fue confirmado por los testigos presentados por el demandado: su mamá, papá y cuñada. Posterior al desahogo de la prueba confesional, el Juez ordenó la pericial psicológica a cargo de la psicóloga Reyna Fabiola Orozco Rodríguez, adscrita al Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. En el informe rendido por la misma, ésta refirió que

ninguno de los padres muestra algún desequilibrio o trastorno psicológico que pudiera afectar el desarrollo de la menor, pero que, Miriam, a diferencia de Rood Jane, muestra más independencia y estabilidad emocional, pues aquél exhibe dependencia a la figura materna y a la opinión social. En este sentido, el Juez de primera instancia resolvió la guarda y custodia a favor de la madre, desestimando, así, los argumentos vertidos por el demandado para derrocar la presunción legal a favor de la actora.

El primer argumento esgrimido por el Juez advierte que el Acta Informativa que levantó el demandado ante los Delegados Municipales de Ziccatepec, Municipio de Tenango de Valle, Estado de México, en el que el demandado refirió que desde que la menor nació, la progenitora tuvo una actitud negativa para con aquélla, que se desentendió de sus obligaciones y que en repetidas ocasiones salió de la casa abandonando a la menor sin alimentos, no hace prueba plena, pues tal documental es una manifestación unilateral de la voluntad. Así, el Juez determinó que:

*“(...) aunque en actuaciones aparece que el demandado al comparecer a juicio aseveró que la accionante y progenitora desde que nació la menor tuvo una actitud negativa para con ella, que se desentendió de sus obligaciones y que en repetidas ocasiones se salió de la casa abandonando a la menor sin alimentos y que quien se los proporcionaba era la señora MIRIAM HERNÁNDEZ MARTÍNEZ (cuñada del demandado) quien también se encontraba amamantando a su menor hijo dado a luz en el mismo periodo, igualmente asevera el demandado que MIRIAM DÍAZ CONSTANTINO tiene problemas de trastornos de conducta en forma constante puesto que se enoja sin motivo aparente al grado de olvidarse de sus obligaciones entre ellas la de cuidar a su hija, de las pruebas ofrecidas y*

*desahogadas para justificar sus aseveraciones como son el acta informativa levantada ante los Delegados Municipales de Ziccatepec, Municipio de Tenango de Valle, Estado de México, debe decirse que esta documental únicamente hace fe de lo que en ella se contiene, es decir una manifestación unilateral del demandado ante los Delegados Municipales de la Comunidad de Ziccatepec, quienes además carecen de facultades para emitir este tipo de documentales porque se reitera únicamente expresa la manifestación unilateral del compareciente”.*

El segundo argumento refiere a la inhabilidad de la prueba testimonial; a juicio del juzgador los testimonio desahogados son parciales y presumen el interés que los testigos tienen por beneficiar al demandado. En este sentido, el Juez advirtió que:

*“la testimonial a cargo de Miriam Hernández Martínez, Lucía Trujillo Navarro y Javier Juárez Hernández si bien favorece a los intereses de su presente no pasa desapercibido para este órgano jurisdiccional que la primera testigo presentada resulta ser cuñada del demandado ROOD JANE JUÁREZ TRUJILLO, la segunda LUCÍA TRUJILLO NAVARRO es madre del demandado y JAVIER JUÁREZ HERNÁNDEZ es progenitor del demandado y oferente de la prueba, en tales condiciones se presume el interés que tienen en beneficiar al demandado”.*

El tercer argumento vertido por el Juez hace referencia al informe rendido por la psicóloga adscrita al Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, Reyna Fabiola Orozco Rodríguez; en tal informe no fue encontrado ningún elemento que impidiera a la

madre de la menor detentar la guarda y custodia de la misma; por el contrario, la perito advirtió que el padre es más dependiente emocionalmente, que la madre. Así, el Juez determinó que:

*“La pericial en materia de psicología no arroja dato alguno que impida que la menor bajo la guarda y custodia de su progenitora lo anterior se desprende del dictamen emitido por la licenciada en psicología Reyna Fabiola Orozco Rodríguez (mismo que obra a fojas 305 a 311 del expediente), quien luego de realizar las pruebas conducentes a su materia a ambos progenitores, concluyó que ninguno de los padres de la menor muestra desequilibrio psicológico que pudiera afectar al desarrollo de la menor, precisando que ROOD JANE JUÁREZ TRUJILLO demuestra mucha dependencia de la figura materna u opinión social, lo que denota que no tome decisiones de manera independiente; al mismo tiempo agrega que MIRIAM DÍAZ CONSTANTINO es más independiente y muestra estabilidad emocional”.*

En cuanto al hecho referido por el demandado, mismo que fue confesado por la actora, en el que sostuvo que la madre de la menor detentaba una actitud negativa hacia su menor menor hija, al no ser era ella quien la alimentaba, sino su tía, el Juez sostuvo que aquél no era un hecho que demostrara que la menor corre peligro estando al cuidado y la atención de su madre. En este sentido, estableció que:

*“se insiste ahora en este espacio, que en cuanto a la confesión de la actora, en la que refiere reconocer que no amamantaba a su hija, tampoco puede tener los alcances de*

*privarle de la guarda y custodia, atento a que refiere una causa que justifica esa conducta, y que pretende de su propio estado biológico”.*

En este caso se puede advertir claramente que cuando el juzgador no interioriza un rol de género, la prueba a la que acude para resolver la guarda y custodia es la pericial psicológica. En el caso concreto, el juez pasó por alto el hecho manifestado por el demandado y confesado por la demandante, respecto a la imposibilidad de la madre de proporcionarle alimentos a la menor; en tanto se trata de una limitante biológica, este hecho quedó justificado por el juez y añadió que no amamantar a un hijo no implica una transgresión a las obligaciones de madre. De esto se desprende que el juzgador no hace referencia a un estereotipo de género en el que amamantar a un hijo sea una condición para el cumplimiento de las obligaciones de madre. En este sentido, a pesar de que los testigos ofrecidos por el demandado manifestaron que la madre tenía abruptos cambios de humor y que no alimentaba a la menor, el Juez recurrió a la prueba idónea, esto es, a la pericial psicológica, para determinar si la madre está en un óptimas condiciones psíquicas para cuidar y atender a la menor, la cual arrojó un resultado favorable para la madre. En consecuencia, el juez determinó que la prueba testimonial no podía tener los alcances que el oferente pretendía darle, pues se presumía que los testigos tenían interés en beneficiar al demandado. Por esto, el juez otorgó un valor probatorio pleno al informe rendido por la perito en psicológica y la guarda y custodia fue otorgada a la madre.

En el mismo sentido, el juzgador determinó que el Acta Informativa no hizo prueba plena ni comprobó los hechos que, en la misma, quedaron manifestados. De acuerdo con el juez, el acta no logró derrocar la presunción legal a favor de la madre, pues, a pesar de ser

una documental pública, no prueba ninguno de los hechos aludidos por el demandado, en tanto se trata solo de una documental que hace fe de lo que en ella se contienen. Del estudio realizado por el juez se desprende que el mismo actuó conforme a derecho al no otorgar ningún valor probatorio a una documental pública que no probaba ningún hecho y, en este sentido, protegió tanto los derechos humanos de la mujer, como el Interés Superior del Menor.

En Segunda Instancia, el Magistrado confirmó la sentencia del juez de Primera; advirtió que, de ninguna manera, quedó acreditado que resultara perjudicial para la menor estar bajo los cuidados de su madre. El Magistrado refirió que la prueba pericial designada por el juez ordinario no demuestra que la actora cause algún daño a la menor; por el contrario, aquélla indica que aquélla es la más apta para atender y cuidar a la menor. Esto muestra, nuevamente, que el juzgador se remitió expresamente al resultado de la prueba pericial psicológica y, al resto de las pruebas ofrecidas por el demandado, todas con el objeto de desvirtuar la presunción legal a favor de la madre, no les otorgó el alcance que el demandado pretendió darles, pues no eran las pruebas idóneas para demostrar los hechos que el demandado manifestó.

De los argumentos vertidos por los jueces se desprende que aquéllos contextualizaron cada una de las pruebas ofrecidas y exhibidas por las partes actora y demandada; esto es, adecuaron la legislación adjetiva al caso en concreto. De acuerdo con la normatividad, en caso de que el padre quiera derrocar la presunción legal a favor de la madre, debe ser aquél quién pruebe que el menor corre peligro estando bajo el cuidado y la atención de la madre. En el caso concreto, a pesar de que existía un Acta Informativa levantada en la que el demandado reportó que la madre de su menor hija había abandonado



el domicilio conyugal, mostraba desinterés en sus obligaciones de madre, no alimentaba a la menor ni le proporcionaba alimentos, los jueces, tanto de primera como de segunda instancia convinieron en que ello no hacía prueba plena, pues no demostraba que, efectivamente, hubiera ocurrido. Esto muestra el interés de los juzgadores en resolver conforme a derecho e interpretar las pruebas en conjunto con el caso en su totalidad y no, de forma aislada. Desde mi perspectiva, el juez actuó conforme a derecho, pues el Acta Informativa levantada por el demandado no era la prueba idónea para demostrar que la madre no cumplía con sus obligaciones, pues únicamente había manifestaciones unilaterales de la voluntad.

Por otra parte, tanto el Juez de Primera como de Segunda Instancia determinaron que la prueba testimonial a cargo del demandado no podía trascender en el juicio, pues los testigos que acudieron a la audiencia son madre, padre y cuñada del demandado, de lo cual se desprende que aquéllos tenía interés en beneficiar al demandado. Esto muestra que los jueces de primera y segunda instancia valoraron las pruebas correctamente.

Así las cosas, en tanto el progenitor no probó que la madre causara algún tipo de daño a la menor, el Juez de Primera Instancia, cuyo criterio posteriormente es compartido por el de segunda, recurre al informe presentado por la psicóloga adscrita al juzgado, en el cual aquélla advierte que ninguno de los padres muestra desequilibrio psicológico, sin embargo, indica que Miriam Díaz Constantino es el progenitor más adecuado para atender y cuidar a la menor. De esto cabe concluir que, en el caso concreto, no hay indicios de que el juzgador haya apelado a algún prejuicio o carga subjetiva. Por el contrario, aquél se remitió siempre a una evaluación objetiva del caso: al no haber una prueba fehaciente por parte del padre que demostrar que la madre cause algún daño a su menor hija, el Juez se

remitió al informe presentado por la psicóloga adscrita al juzgado y, en consecuencia, resolvió la guarda y custodia a favor de la madre.

En conclusion, del análisis anterior se desprende que la interpretación que el juzgador hace del Interés Superior del Menor queda inserta dentro de la presunción legal a favor de la madre; de acuerdo con la citada presunción, los primeros años de vida, el menor debe estar alado de su madre, pues, científicamente, está comprobado que la separación del menor con la madre puede traer consecuencias irreversibles para el óptimo desarrollo del menor. En el caso concreto, el juez no entró a un análisis a fondo del Interés Superior del Menor, pues, en tanto el padre no comprobó que existiera un riesgo inminente de que la menor conviviera con su madre, y atendiendo a la presunción legal a favor de la madre, le correspondía otorgar la guarda y custodia a la madre.

## **2. Karen Atala Riffo e hijas**

Karen Atala Riffo es una abogada y jueza chilena que contrajo matrimonio con Jaime López en 1993. Derivado de varias terapias de pareja, Karen Atala descubrió su verdadera identidad sexual. En 2002, las partes decidieron divorciarse. Inicialmente, Atala conservó la guarda y custodia de sus hijas. Sin embargo, en 2003, una vez que Jaime tuvo conocimiento de que Atala sostenía una relación con la señora Emma De Ramón, el padre de las menores demandó la guarda y custodia bajo el argumento de que sería perjudicial para el desarrollo psicológico de sus hijas, así como para el Interés Superior del Menor, que aquéllas se desarrollaran en un contexto lésbico. Los argumentos esgrimidos por el demandante fueron desestimados por los tribunales de primera y segunda instancia. El 2 de

mayo de 2003, el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la guarda y custodia provisional al padre. Sin embargo, el 29 de octubre de 2003 revocó la admisión de la demanda presentada por el padre de las menores. Posteriormente, el padre de las niñas presentó un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Temuco. El 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja, concediendo la guarda y custodia definitiva al padre.

En dicha sentencia, la Corte Suprema desestimó el testimonio desahogado por las tres menores; el juzgador determinó que las mismas estaban afectadas por la situación y que su testimonio no podría ser objetivo. En este sentido, el juzgador determinó que:

*“se ha prescindido de la prueba testimonial, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”.*

El segundo argumento vertido por el juzgador para conceder la tuición al padre, refiere al testimonio de las empleadas domésticas. De acuerdo con el Juez, aquéllas refirieron que las niñas demostraban confusión ante la sexualidad materna. Así:

*“el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el*

*hogar con su nueva pareja”.*

El tercer argumento del juzgador está justificado en la decisión de la madre de vivir con su pareja en la misma casa-habitación en la que ejerce la guarda y custodia de sus hijas. De acuerdo con el Juez:

*“la Señora Atala ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”.*

Las razones vertidas por la Corte Chilena para suspender la guardia y custodia de las menores a la Señora Atala, pueden resumirse en cuatro: 1) las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho; 2) de acuerdo con las empleadas domésticas, las niñas hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas que demuestran confusión ante la sexualidad materna y la ausencia de una figura masculina en el hogar de crianza, y 3) la Señora Atala ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que llevaba a cabo la crianza y el cuidado de sus hijas.

Respecto al primer argumento vertido por la Corte chilena es ineludible advertir que aquélla incurrió en un grave error al partir del supuesto de que las niñas sufrirían discriminación social sin hacer, previamente, un análisis científico exhaustivo que arrojara los “comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y

desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”. Esto es, evidentemente, para justificar la restricción de un derecho no cabe la posibilidad de alegar una presunta discriminación, probada o no. Por el contrario, si bien es cierto que algunas sociedades pueden manifestar cierto rechazo e intolerancia a algunas condiciones, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar un trato discriminatorio; por el contrario, el Derecho, a través de las resoluciones judiciales deben ayudar al desarrollo y progreso social, pues, de lo contrario, “se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”. De todo lo anterior cabe concluir que el Interés Superior del Menor no puede ser utilizado como un escudo para proteger la discriminación por orientación sexual, porque, per se, ese hecho va en contra del propio Interés Superior del Menor, así como de los derechos humanos de la madre.

En cuanto al segundo argumento, éste muestra que una de las razones que motivaron la decisión del juzgador fue la opinión de las empleadas domésticas respecto a la supuesta confusión de las niñas; lo anterior sin tomar en cuenta que los parámetros de confusión referidos por las empleadas fueron meras apreciaciones subjetivas de las mismas. De esto cabe advertir que el juzgador no sólo no se allegó de los elementos para prevenir la violencia contra los menores y la mujer y garantizar y fortalecer el Interés Superior del Menor, sino que, además, utilizó una prueba no idónea para dejar por sentado que las niñas estaban confundidas y afectadas por la situación, y, en consecuencia, acreditar, sin ningún criterio objetivo, hechos que nunca fueron probados. Esto muestra una gran arbitrariedad por parte del juzgador, así como la violación a los derechos humanos de la madre y al Interés Superior del Menor.

El tercer argumento vertido por la Corte muestra que el juzgador discriminó directamente a la Sra. Atala, pues consideró que el derecho humano a decidir sobre su orientación sexual es menos importante que la interpretación que el mismo hace del Interés Superior del Menor. Esto es, en el caso concreto, de acuerdo con el estudio efectuado por el Juez, el Interés Superior del Menor fue condicionado a la represión sexual de la madre de las menores. Esto es una violación a los derechos humanos de la Sra. Atala, pues tratándose de dos personas, no existen más y mejores derechos para una que para otra; mas aun si se sabe que el Interés Superior del Menor es un principio interpretativo que no es excluyente de los derechos humanos; por el contrario, a través de una interpretación sistemática, el objetivo es armonizar los derechos humanos con el Interés Superior del Menor.

No hay que pasar por alto que la Corte chilena también violentó las garantías judiciales de las menores, pues a pesar de que los artículos 8.1, 19 y 1.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) arguyen que las autoridades judiciales están obligadas a oír a cualquier persona y tomar en cuenta su testimonio atendiendo a sus condiciones personales, la Corte Suprema desestimó el testimonio rendido por las menores, argumentando que el entorno de las menores había sido deteriorado por la convivencia entre aquéllas y la pareja lésbica. En el testimonio rendido por las menores, éstas manifestaron el afán por quedarse con su madre; las tres sostuvieron que no querían ser separadas de ella. No obstante, a pesar de que el juzgador tenía la obligación de escuchar el testimonio de las menores y evaluarlo de conformidad con la edad de cada una, desestimó la prueba testimonial. Esto, sin embargo, representa una gran arbitrariedad por parte del juzgador, pues, atendiendo a los tratados internacionales, él mismo tenía la obligación de

escuchar a los menores y hacer efectiva su garantía de audiencia.

En síntesis, este caso ejemplifica claramente la oportunidad que tienen los juzgadores para esgrimir criterios subjetivistas en nombre del Interés Superior del Menor. Los jueces de la Corte chilena sostuvieron que el desarrollo de las menores en un contexto lésbico sería perjudicial para aquéllas; sin embargo, no consideraron que, Atala, antes de tener una determinada orientación sexual, es madre. La libertad a decidir su orientación sexual es un derecho de todo individuo, independiente a su condición de hombre o mujer, madre o padre. Esto es, en cuanto a la guarda y custodia se refiere, el desarrollo de las menores será perjudicial si y sólo si la madre de aquéllas les causa un daño irreversible en el ejercicio de su rol materno. Sin embargo, en el caso en comento no quedó probado, científicamente, que la convivencia de las menores con su madre, causaran algún perjuicio a aquéllas. En este sentido, desde el momento en el que los jueces de la Corte chilena consideraron que la condición homosexual de la madre es razón suficiente para retirarle a aquélla la custodia de sus menores hijas, se está incurriendo en una falta gravísima que atenta no sólo contra el Interés Superior del Menor, sino, también, contra los derechos humanos de Karen Atala. Así, si bien no está comprobado científicamente que las niñas no puedan ser objeto de discriminación social, el juez no puede hacer una discriminación expresa en el afán de evitar una futura discriminación.

En conclusión, es preciso determinar que la interpretación que la Corte chilena hizo del Interés Superior del Menor dista mucho del sentido que, al mismo, intenta darle la Convención de los Derechos del Niño. Como principio interpretativo, el Interés Superior del Menor tiene por objeto otorgar al menor las condiciones óptimas que lleven a aquél a desarrollarse de la mejor forma, física y psicológicamente. Así las cosas, en el caso

concreto, el juzgador no entró al fondo del asunto; esto es, no evaluó quién de los padres era el más apto para detentar la guarda y custodia de las niñas o, en su caso por qué sería conveniente, para las niñas, ser separadas de su madre. Por el contrario, el juzgador hizo valer un mero prejuicio, pasando por alto, incluso, la manifestación expresa de las menores de querer seguir viviendo alado de su madre. Por todo lo anterior, cabe concluir que el sentido que el juez le dio al Interés Superior del Menor está basado más en el orden público y la costumbre, que en el interés de beneficiar a las menores.

### **3. Yelitza del Carmen vs. Julio Paulo**

Otro caso que muestra los prejuicios evocados por la autoridad al resolver la guarda y custodia del menor, es el de Yelitza vs. Julio Paulo. Yelitza y Julio Paulo se conocieron en el año 2000, en un tabledance; ella era bailarina en ese centro nocturno. De acuerdo con las partes, al conocerse hubo química y acordaron verse después para tener relaciones sexuales. Sin embargo, la relación fue tornándose formal, hasta que se unieron en concubinato y vivieron juntos durante 7 años. En 2007, procrearon al menor Paulo García Frías. En 2008, Julio Paulo se llevó consigo al menor sin el consentimiento de su madre.

El mismo año, Yelitza inició un juicio de controversia del orden familiar en el que solicitó la guarda y custodia del menor y el pago de una pensión alimenticia para ella y su menor hijo. En la audiencia de desahogo de la prueba confesional, la psicóloga refirió que no existían indicadores patológicos en el menor, que éste requería atención de tiempo completo y que la madre se encontraba bien, psicológicamente, para hacerse cargo del mismo. Así, el juez decretó la guarda y custodia provisional a favor de la madre.



No obstante, Julio Paulo apeló el auto de desahogo de prueba confesional. La Tercera Sala Familiar determinó que: “a) no se probó que el papá constituya un riesgo para el menor; b) el menor no ha convivido con su madre, c) el papá lleva al menor al trabajo y, cuando no puede, lo cuida una niñera, c) la psicóloga no refirió indicadores patológicos ni en el menor, ni el padre”. Así, la Tercera Sala Familiar decretó la guarda y custodia provisional a favor del padre.

El Juez Ordinario ratificó el criterio emitido por la Sala y decretó la guarda y custodia definitiva a favor del padre, porque: 1) del estudio socioeconómico realizado a las partes, se constata que el menor vive en buen estado: tiene una habitación amplia para él; esto influye en el desarrollo físico y emocional del menor. Así, el Juez manifestó que:

*“Con ello quedó demostrado que en ese momento, ella se desempeñaba como bailarina; sin embargo, a la fecha no está probado que ya no se dedique a eso. Pues si bien en el estudio socioeconómico resultó trabajadora de la empresa INGSA S.A de C.V, como auxiliar administrativa de 8.00-12.30pm, y vender ropa y calzado, sus egresos son mayores que sus ingresos, POR LO QUE SE PRESUME QUE LA SEÑORA CONTINÚA TRABAJANDO EN UN CENTRO NOCTURNO Y NO PRESTA ATENCIÓN AL MENOR”;*

En cambio, del estudio socioeconómico realizado, se desprende que la madre no cuenta con el espacio suficiente para tener al menor:

*“el menor duerme con su progenitora, lo cual podría implicar, a la larga, la dependencia e inseguridad del menor”;*

En el mismo sentido, el Juez determinó que implicaría un “peligro grave” para el menor, encontrarse bajo la guarda y custodia de su progenitora, pues de la prueba testimonial se deriva que la Sra. tiene abruptos cambios de humor. Por esto, si bien no ha desempeñado correctamente el rol de madre, por ser bailarina y trabajar de nochos, es procedente fijar un régimen de visitas en atención al Interés Superior del Menor:

*“Lo cual constituye un mal ejemplo para el menor, pues repercute en la educación que los progenitores tienen que cumplir cabalmente de acuerdo con los deberes que les impone la ley, como son el velar por su seguridad e integridad corporal, el cuidado de dirigir su educación, vigilar su conducta y formación, encaminada a la conservación de un entorno saludable y favorable para su pleno desarrollo personal y emocional, lo que constituyen las obligaciones de buena crianza, condiciones que no acaecen en el caso de la demandante, tan es así que su hija recurre al apoyo de la familia de su novio, según se advierte de la manifestación vertida en el estudio socioeconómico efectuado a la demandada”.*

Del análisis de caso cabe concluir que en ningún momento quedó derrocada la presunción legal a favor de la madre y, sin embargo, la autoridad concedió la guarda y custodia provisional del menor a su padre. Es preciso enfatizar un hecho trascendental en el proceso. El Juez de Primera Instancia ordenó que un perito adscrito al juzgado realizara un estudio psicológico a las partes. Del informe rendido por el perito quedó demostrado que la madre del menor se encontraba en perfectas condiciones para hacerse cargo del mismo; en

este sentido, el Juez decretó la guarda y custodia provisional a favor de la madre. No obstante, el argumento vertido por el juez ordinario fue revocado en Segunda Instancia; el Tribunal pasó por alto la presunción legal a favor de la madre de poseer el derecho a ostentar la guarda y custodia de sus hijos, pues los argumentos de la citada autoridad estaban encaminados a demostrar por qué la convivencia del menor con su padre sí sería benéfica para aquél. Esto es, a pesar de haber tenido la pericial psicológica, la cual arrojó que la madre del menor se encontraba en perfectas condiciones psíquicas para hacerse cargo de él, aquélla no fue valorada en lo absoluto.

Sin perjuicio de que, tratándose de la guarda y custodia provisional, la autoridad no hubiese querido alterar la estabilidad del menor, la perspectiva del caso, en Primera Instancia, tomó un sentido abismalmente diferente en su resolución a partir del fallo de Segunda Instancia. Los argumentos vertidos por la autoridad se centraron en 1) la capacidad económica, 2) la nacionalidad, 3) la profesión y 4) el horario laboral de la madre, así como en suposiciones que no fueron comprobadas en el juicio y que refuerzan los prejuicios y criterios subjetivistas de los juzgadores.

Las suposición hecha por los juzgadores, la cual fue decisiva para que le fuera otorgada la guarda y custodia definitiva al padre, está basada en la fuente de ingresos y egresos de la señora. De acuerdo con el juzgador, a pesar de que quedó comprobado que la parte actora se desempeñaba como auxiliar administrativa en la empresa iNGSA, S.A de C.V, los egresos de la señora eran mayores que sus ingresos y, a partir de ello, al no haber comprobado fehacientemente la fuente de sus ingresos, el juzgador presumió que la Señora continúa trabajando en un centro nocturno. Esta suposición es la que desencadena la posición del Juez en el caso, pues condiciona dos de los argumentos vertidos por aquél en

la sentencia en la que resuelve la guarda y custodia del menor a favor del padre. De acuerdo con el juzgador, el hecho de que sus egresos sean mayores a sus ingresos implica que la Señora continúa trabajando en el *tabledance* referido, lo cual demuestra que aquella no tiene tiempo para cuidar y atender al menor. Esto, a juicio del Juez, es suficiente para otorgarle la guarda y custodia al padre.

En síntesis, Yelitza sufrió discriminación por su profesión, misma, que, además, estuvo basada en una suposición y nunca de en un hecho debidamente probado. Así, el juez se refiere a ella como un mal ejemplo para el menor, al grado de repercutir en la educación que los progenitores tienen que darle a sus hijos, como es velar por su seguridad e integridad corporal.

Por otra, el Juez estimó suficiente la prueba testimonial a cargo del demandado en la que los testigos reiteraron que la Señora tenía abruptos cambios de humor. Esto es, desestimó el informe pericial psicológico en el que quedaba demostrado que la Señora estaba en óptimas condiciones para desempeñar su rol de madre y ostentar la guarda y custodia del menor. En síntesis, aun y cuando la prueba testimonial no pudiera trascender en juicio por ser parcial, el juzgador decidió estimarla y desestimar la prueba pericial psicológica, la cual muestra un resultado mucho más objetivo y fidedigno de los hechos, que un testimonio que, a todas luces, tenía interés en beneficiar al demandado. Es preciso contrastar este hecho con lo suscitado en el primero, en el que el juez ordinario desestimó la prueba testimonial por considerarla parcial y presumir que los testigos tenían interés en beneficiar al oferente de la prueba.

Claramente, todo lo anterior refleja que no existieron elementos que comprobaran que la convivencia de la madre con el menor implicaba un riesgo grave e inminente para

éste, así como tampoco quedó demostrado que aquélla continuara trabajando en un centro nocturno. Sin embargo, sí quedó demostrado que el padre sustrajo, sin el consentimiento de la madre, al menor y que la madre trabajaba como auxiliar administrativo en la empresa INGSA, S.A de C.V, al igual que estaba dedicaba a la venta de ropa y calzado. Sin embargo, una probable hipótesis que explica la serie de arbitrariedades cometidas por los juzgadores, sustentan un prejuicio: que es moralmente incorrecto que la madre del menor trabaje como bailarina en un centro nocturno.

La referida sentencia debe ser calificada como inconstitucional al ir en contra de todas las normas mexicanas y extranjeras que conocen de derechos humanos, así como del Interés Superior del Menor. Además de un juicio irregular, Yelitza sufrió discriminación por un prejuicio que envolvía una profesión que aquélla ejerció en el pasado, bien habida y que nunca la puso ni la pondría en riesgo a ella ni a su menor hijo. Esto, porque cada persona, sin importar sexo y género, tiene el pleno derecho a ejercer libremente un oficio o profesión y, sea cual sea, no es excluyente para ejercer otros derechos; por ejemplo, el derecho a ser madre, y a cuidar y convivir con los hijos.

En el mismo sentido que en el caso anterior, en éste es muy claro que el juzgador no hace un estudio exhaustivo del Interés Superior del Menor ni toma éste el sentido que la Convención de los Derechos del Niño ha tratado de otorgarle. Por el contrario, lejos de pensar en lo “bueno” o “mejor” para el menor, atendiendo a la presunción legal a favor de la madre y al resultado arrojado por la prueba pericial psicológica, el juzgador hace valer un prejuicio que, claramente, marca el sentido de la resolución. El argumento central para negarle la guarda y custodia del menor a la madre, fue la supuesta profesión que aún ejercía la parte actora. A pesar de que la misma comprobó que trabajaba como auxiliar

administrativa en la empresa INGSA, S.A de C.V, el juzgador estimó que aquella seguía laborando en el centro nocturno referido previamente, pues sus gastos eran mayores a sus ingresos. Esto es, la guarda y custodia del menor fue negada a la madre en el afán de conservar el orden público y las costumbres sociales. Todo lo anterior, además de estar construido sobre una premisa falsa, es discriminatorio y va contra el propio sentido mismo del Interés Superior del Menor, así como de los derechos humanos de la parte actora.

Como ya quedó explicado en el apartado anterior, el Interés Superior del Menor no debe ser utilizado para justificar actos violatorios a los derechos humanos; por ejemplo, discriminación por razón de oficio o profesión. Por el contrario, el Interés Superior del Menor, en cuanto principio interpretativo, debe ser armonizado con los derechos humanos, y debe intentar la apertura a los nuevos roles y esquemas sociales.

#### **4. Luz María vs. Sergio Antonio**

El caso que explico a continuación es atípico. Por una parte, si bien el juzgador no hizo expreso un prejuicio, sí otorgó un juicio de valor a uno de los hechos narrados por las partes, mismo que es respaldado por la legislación civil; esto es, el hecho de que sea la mujer quien salga del hogar, disminuye las posibilidades de que, posteriormente, la misma pueda reclamar y hacer valer los derechos que, como mujer y madre, le corresponden. No así en el caso de los hombres. Por otra parte, es pertinente observar que sí existen nuevas relaciones familiares que pueden ser acordadas por las partes y que corresponde al juzgador velar porque, las mismas, se lleven a cabo efectivamente. En el caso concreto, cabe advertir que es la madre quien sale del domicilio conyugal y, sin embargo, sigue

cumpliendo con su rol de madre, pues es ella quien cuida al menor, le ayuda a hacer sus tareas y, además, cubre los gastos de alimentación del menor del comedor escolar.

En el año 2003, Luz María Ordoñez y Sergio Antonio Álvarez se unieron en concubinato. Las partes establecieron su domicilio en un bien inmueble, propiedad del demandado, ubicado en la Delegación Iztapalapa, Distrito Federal. En 2004, la pareja procreó al menor Ramses Aldair Álvarez Ordóñez; sin embargo, en 2009, las partes se separaron: la actora salió del domicilio conyugal. De acuerdo con la Señora, el demandado le pidió que abandonara el domicilio, dándole una semana para hacerlo y acordaron que el menor seguiría viviendo con su padre en tanto la actora encontrara una casa habitación en la que pudiera establecerse. No obstante, el demandado sostuvo que ella abandonó el domicilio conyugal sin causa justificada, abandonado al menor cuando éste tenía apenas cinco años de edad.

De acuerdo con las pruebas ofrecidas y exhibidas por la parte actora, la suscrita siempre cubrió el pago del comedor escolar de su hijo. Este hecho quedó demostrado con los *voucher* y copias de ficha de depósito a favor de la cuenta bancaria del C. Pablo Epigmenio Medrano Camacho, director del centro escolar en el que estudia su hijo; del desahogo de las pruebas confesional a cargo del menor, y su padre, y testimonial a cargo de la madre, se desprende que, todos los días, la actora iba a ayudar a hacer sus tareas, bañar y dormir al menor.

En abril de 2012, la actora fue a visitar al menor y lo encontró indispuerto de salud, por lo que tuvo que ser ella quien lo llevara al doctor. Este hecho fue afirmado por el demandado y, además, ella lo comprobó con la receta médica, así como con la nota de remisión de la farmacia en la que compró los medicamentos.

No obstante, de acuerdo con el testimonio de la actora, en el año 2012, el padre del menor dejó de permitir las convivencias entre aquél y su madre, impidiéndole la entrada a su casa, negándole toda comunicación vía telefónica con el menor, negándose a que el menor saliera, si quiera, a la puerta del domicilio. Este hecho, no obstante, fue negado por el demandado.

De acuerdo con el informe rendido por el MP sobre el testimonio del menor, éste convive con su madre los días martes, jueves, viernes y domingos, y desea continuar haciéndolo; sin embargo, no le gustaría vivir con ella, porque es más divertido vivir en la casa de su papá, ya que siempre están sus primos y juega con ellos, a pesar de que, manifestó, no sabe a qué hora llega su papá, porque, cuando lo hace, él ya está dormido y casi no lo ve, pero le gusta vivir con su papá porque está con sus primos, juega con ellos y siempre hay gente.

A partir del testimonio del menor, como de las pruebas ofrecidas y exhibidas por las partes, el Juez de Primera Instancia resolvió la guarda y custodia del menor a favor del padre, esgrimiendo que:

*“Si bien es cierto que el menor, de acuerdo a lo ordenado por nuestro código sustantivo, debe permanecer al lado de su señora madre, también lo es que al momento el menor no expresa la necesidad de permanecer al lado de su progenitora y, más aun, la seguridad que éste siente a lado de su familia paterna, con objeto de que su señoría cuente con mejores y mayores elementos, solicito atentamente se requiera a ambas partes acrediten la fuente y monto de sus ingresos y horario laboral [...]”.*



A diferencia de los demás, éste es un caso atípico; en éste, la madre fue quien dejó el domicilio conyugal. A pesar de que no quedó comprobada la razón por la que lo hizo, si fue por justificada o no, aquella nunca incumplió sus obligaciones de madre; por el contrario, cumplía dando alimentos al niño, cuidándolo y atendiéndolo. Esto muestra que, a pesar de que la madre salió del domicilio conyugal, nunca abandonó a su menor hijo, lo cual es un indicio suficiente para sostener que, hipotéticamente, ella no tenía la intención de abandonarlo.

Del estudio de caso se desprende una hipótesis: a pesar de que fue el padre quien rompió el equilibrio, el juzgador resolvió a favor del padre porque fue la madre quien salió del domicilio conyugal. Esto, social y culturalmente implica que aquella no está cumpliendo con su rol de mujer y madre. Este prejuicio se convirtió en el parámetro interpretativo del caso, aun y cuando la madre nunca abandonó a su menor hijo.

Una probable respuesta a la hipótesis planteada con antelación, es que, para el juzgador, la mujer es madre en tanto es esposa o concubina. Este argumento, no obstante, es una construcción social que data desde Santo Tomás. De acuerdo con este autor, la familia es el núcleo social fundamental que tiene por objeto la reproducción biológica y cuyo fundamento es el matrimonio; al interior de la familia, el hombre es quien provee económicamente, mientras que la mujer tiene la obligación de cuidar y atender a sus hijos y al padre de sus hijos. En síntesis, la mujer tiene por objeto la maternidad y aquella sólo podrá ejercer este derecho, en tanto cumpla con sus obligaciones de mujer al interior de una familia.

Sin embargo, hoy en día, la familia no es condición para ser madre, ni para disfrutar de los derechos que la maternidad trae consigo, así como tampoco es condición para

cumplir con las obligaciones derivadas de aquélla. Hoy en día, la familia no tiene por objeto la reproducción, sino la unión de dos personas con un mismo proyecto de vida. Por el contrario, la maternidad es un derecho que podrá o no ser ejercido por la mujer, derivado de su potencial biológico, fisiológico y anatómico, independiente a la familia y al matrimonio. No obstante lo anterior, como todo derecho, el derecho a ser madre trae como consecuencia otros derechos y obligaciones. Por ejemplo, la obligación de proporcionar alimentos y el derecho a ostentar la guarda y custodia de los hijos.

En este sentido, en el caso concreto, la guarda y custodia no debe entenderse en función de la unión de la madre y el padre del menor, ni del rol que desempeña la mujer al interior de la familia. Esto es, el hecho de que la mujer haya salido del domicilio conyugal no implica que aquélla incumpla su obligación como madre, pues, como bien quedó probado en juicio, aquélla siempre cuidó y atendió al menor, a pesar de que el menor viviera con su padre. Por el contrario, atendiendo a la legislación vigente, si el juzgador no hubiera vertido prejuicios ni criterios subjetivistas en la resolución del caso, la madre hubiera tenido el derecho a ostentar la guarda y custodia del menor, pues el padre no demostró que la convivencia de la madre con el menor le pudiera producir un daño físico o emocional a éste.

Para reforzar la hipótesis sustentada, es pertinente analizar el informe rendido por el Ministerio Público en el que sintetiza el testimonio del menor. Si bien es cierto que el menor manifestó expresamente el deseo de continuar viviendo con su papá, refirió que no lo ve y no pasa tiempo con él; que le gusta vivir con su papá porque están sus primos y juega con ellos. Esto, sin embargo, no es una razón de peso para conferirle la guarda y custodia del menor al padre. Sin embargo, la autoridad lo hizo; esto, en contraste con lo

ocurrido con el testimonio de las hijas de Karen Atala Riiffo, muestra, claramente, la intención que tuvo el juzgador de desvalorar la testificación de las menores en aquél, así como valorarla en éste, para darles un beneficio al padre y no así a la madre.

## V. CONCLUSIÓN

El Interés Superior del Menor es un principio constitucional adaptado al contexto jurídico mexicano, a partir de la Convención y Declaración de los Derechos del Niño. Desde entonces, el Estado mexicano tiene la obligación de velar por él, a través de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Desde entonces, algunos juristas han intentado definir al Interés Superior del Menor; un grupo converge en que se trata de un principio determinado y, otro, indeterminado. El primero aduce que aquél es un principio cuyo fin último es garantizar el mayor beneficio y el menor perjuicio al menor; el segundo sostiene que su definición es más compleja, pues el citado principio carece de contenido.

En la práctica, el Poder Judicial tiene por objeto interpretar la ley y adaptarla al caso concreto; específicamente, los jueces que conocen de los juicios de divorcio o de controversia del orden familiar deben resolver lo relativo a la guardia y custodia de los menores; esto es, cada juzgador resolverá atendiendo a las particularidades del caso concreto. Por lo tanto, para efectos del presente trabajo, no existe una sola definición del Interés Superior del Menor, pues su conceptualización atiende a las particularidades del caso y al contexto de quién interpreta.

Así, a partir del análisis de casos que resuelven la guardia y custodia, yo sostengo que la solvencia o insolvencia económica de la madre nunca ha sido una variable determinante para conceder o suspenderle la guarda y custodia a aquélla. Por el contrario, siempre que el desahogo de la prueba pericial psicológica determina que no existe riesgo alguno en que el menor conviva con su madre, los jueces y magistrados conceden la guarda y custodia a la madre. Sin embargo, esto no ocurre tratándose de mujeres que no satisfacen

un rol de género o sexual *adecuado*. Esto es, al tiempo que la mujer es discriminada, el menor es privado del derecho a convivir con su madre; es decir, los jueces sobreponen sus prejuicios y concepciones subjetivistas, relegando, así, los derechos humanos de las partes y el Interés Superior del Menor, yendo, a todas luces, contra los artículos 1 y 4 constitucionales.

Lo anterior es importante no sólo por la inconstitucionalidad misma de las resoluciones judiciales, sino también por las implicaciones sociales y culturales que trae consigo. Si bien es cierto, el criterio que la Corte, las leyes y juristas han hecho sobre el Interés Superior del Menor parece estar apegado al principio constitucional de igualdad de género, es indiscutible que sus consecuencias están bastante alejadas de los principios de justicia y equidad. En el caso concreto, mientras, por ley, a la madre le corresponde el cuidado y la atención de los hijos, el alto grado de discrecionalidad que tiene el juzgador, es utilizado vulnerando la igualdad de género y el propio interés del menor, cuando el estereotipo sexual o el rol de género de la mujer se ve vulnerado. En consecuencia, resulta evidente que los aplicadores de justicia continúan asignando los roles de género clásicos, en los que la mujer se encuentra situada, desfavorablemente, respecto al hombre. Sin embargo, esto trae consigo fuertes implicaciones como, por ejemplo, el otorgamiento de más o menos poder a unos actores que a otros; en tanto no exista una completa neutralidad de género en la institución de la guarda y custodia, la madre seguirá siendo subyugada en los ámbitos sexual y laboral, respecto al hombre.