

SECCIÓN I SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL Y FAMILIAR

Controversia del orden familiar 1147/2009. Caso de la "mala madre" (determinación de guarda y custodia)

Laura García Velasco

México, Distrito Federal, a 6 de diciembre de 2010.

VISTOS para resolver en definitiva los autos relativos al juicio con controversia del orden familiar promovido por el señor César Bosa, por su propio derecho y en nombre y representación de su menor hijo, Jaime Bosa Allen, en contra de la señora Karla Allen.¹

I. RESULTANDO

1. Mediante escrito presentado ante la Oficialía de Partes Común en Materia Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el día 4 de agosto de 2009, y recibido en este Juzgado Cuadragésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal el día 5 del mismo mes y año, el señor César Bosa, por su propio derecho y en nombre y representación de su menor hijo, Jaime Bosa Allen, demandó en la vía controversia del orden familiar, de la señora Karla Allen, las siguientes prestaciones:

- A. El pago de una pensión alimenticia bastante y suficiente para satisfacer las necesidades de nuestro menor hijo de nombre Jaime Bosa Allen
 - B. El aseguramiento de dicha pensión en términos del artículo 317 del Código Civil.
 - C. La guarda y custodia del menor Jaime Bosa Allen a favor del suscrito.
 - D. La cesación de la violencia familiar que se ha dado en el seno familiar.
 - E. El pago de los gastos y costas que se originen con motivo del presente juicio.
2. Previo desahogo de prevención se ordenó, entre otros aspectos procesales, notificar y emplazar a juicio a la señora Karla Allen, para que dentro del término procesal concedido

¹ Los nombres de las partes en conflicto han sido modificados para los propósitos del presente trabajo académico.

para tal efecto diera contestación a la demanda instaurada en su contra y, en su caso, manifestara lo que a su derecho conviniera, señalándose día y hora para que tuviera verificativo la audiencia de desahogo de pruebas.

3. La señora Karla Allen contestó la demanda, negando al actor la procedencia de las prestaciones reclamadas, oponiendo las excepciones y defensas que estimó conducente a sus intereses. Asimismo, en dicho escrito *reconvino* del señor César Bosa las siguientes prestaciones:

A. El acatamiento de la resolución que dicte su Señoría en la cual se establezca en mi favor la guarda y custodia provisional y, en su momento, definitiva de mi menor hijo de nombre Jaime Bosa Allen.

B. El pago de una pensión alimenticia provisional y, en su momento, definitiva a favor de la suscrita y de mi hijo, a razón del 50% (cincuenta por ciento) de las percepciones ordinarias y extraordinarias que percibe el señor César Bosa en la institución en que labora, en el puesto de Tesorero.

C. La liquidación de la sociedad conyugal que constituimos los contrayentes con fecha 15 de octubre de 2004.

D. El pago de la cantidad de 185 000 (ciento ochenta y cinco mil euros, moneda en curso legal en la Unión Europea), para liquidar el adeudo contraído con la institución bancaria Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, tal y como se desprende de las capitulaciones matrimoniales.

E. El acatamiento de la resolución que dicte su Señoría, en la cual se establezca que César Bosa ha perdido su derecho a la parte correspondiente y los bienes de la sociedad conyugal, al haber malversado, ocultado, dispuesto y administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa y negligencia.

F. El pago de los daños y perjuicios ocasionados por César Bosa al haber malversado, ocultado, dispuesto y administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa y negligencia.

G. La pérdida de la patria potestad que ejerce César Bosa sobre mi menor hijo Jaime Bosa Allen.

H. El pago de gastos y costas que origine el presente juicio.

Para ello se fundó en los hechos narrados, preceptos de derecho y pruebas que estimó pertinentes a sus intereses procesales.

4. Por auto de 2 de septiembre de 2009, mismo que se encuentra firme al no haber sido recurrido por ninguna de las partes, se tuvo a la demandada dando contestación

a la demanda instaurada en su contra; se admitió a trámite la reconvencción planteada, únicamente respecto de las prestaciones reclamadas en los incisos A), B), D) y H), y no así el resto, en virtud de que las mismas tienen una tramitación distinta prevista en la legislación adjetiva civil para el Distrito Federal, aunado a que no se trata de los supuestos normativos que regulan las controversias del orden familiar; se ordenó notificar y emplazar al enjuiciado reconvenido para que diera contestación a la demanda reconvenicional promovida. Asimismo, se admitieron las pruebas ofrecidas por la demandada principal y actora reconvencionista.

5. Seguidos los trámites de ley, se celebró la continuación de la audiencia de desahogo de pruebas, las partes alegaron lo que a su derecho convino, y se ordenó pasar los autos a la vista de la suscrita juzgadora para dictar la resolución correspondiente.

II. CONSIDERANDOS

6. Competencia. Este juzgado es competente para conocer y resolver tanto de la controversia principal como de la reconvenicional, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1, 2, 52, fracción II, de La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 156, fracción XIII, y 160 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

7. Legitimación. La legitimación y personalidad de las partes, así como, del menor Jaime Bosa Allen, representado por sus progenitores en términos de lo establecido por los artículos 425 y 427 del Código Civil para el Distrito Federal y 45 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, quedaron debidamente acreditadas en autos con el acta de inscripción del estado civil de los mexicanos adquirido en el extranjero que obra a foja 37 y el acta de nacimiento del menor arriba citado, documentales a las que, al tratarse de instrumentos públicos, se les concede valor probatorio pleno, de conformidad con lo establecido por los artículos 327, fracción IV, y 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

8. Estudio de fondo (demanda principal). Para estar en aptitud de analizar detalladamente las pretensiones sustentadas por ambas partes, tanto en lo principal como en la reconvencción, por cuestión de método se procede a estudiar primero la demanda principal, en concreto la pretensión contenida en el inciso C (guarda y custodia), pues, la misma tiene impacto sobre las especificadas en los incisos A y B, en razón de que su resultado altera o modifica la legitimación en la causa para, en su caso, resolver en términos de la legislación civil aplicable, las prestaciones que de forma recíproca se han reclamado en este proceso las partes, consistentes en el derecho a pensión alimenticia definitiva, así como su aseguramiento a favor de su menor hijo.

9. Ahora bien, la determinación de la guarda y custodia de un menor de edad exige de las y los jueces considerar, ante todo, el interés superior del niño, niña o adolescente, ya que, en el orden interno, conforme al artículo 4 de la Constitución Federal y la Ley de los Derechos del Niño y de la Niña en el Distrito Federal,² constituye el principio rector en las acciones y decisiones de las autoridades de la entidad, incluida la función judicial.

10. En el orden internacional, México ha ratificado la Convención de los Derechos del Niño,³ que obliga a los Estados parte, en cualquier medida que tomen las autoridades estatales, inclusive los tribunales, a atender de forma primordial el interés superior del niño (art. 3, párr. 1).⁴ Asimismo, del análisis de este instrumento internacional se advierte que el interés superior del niño y la niña es un principio rector en todas las acciones estatales que incidan en los derechos de las y los menores de edad.

11. Cabe precisar que la obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes se estableció desde antes de la citada Convención, en diversos instrumentos internacionales, como en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al señalar que todo niño debe recibir “las medidas de protección que su condición de menor requieren” (art. 19).

² Artículo 4.- Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta Ley, los siguientes:

I. El Interés Superior de las niñas y niños. Este principio implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio.

[...].

Artículo 5.- De manera enunciativa, mas no limitativa, conforme a la presente Ley, las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

B) A la identidad, Certeza Jurídica y Familia:

[...].

IV. A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y niño;

[...].

³ Se ratificó el 21 de septiembre de 1990 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

⁴ 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial será el interés superior del niño.

12. El Comité de los Derechos del Niño, como organismo encargado de la interpretación de la Convención, ha enfatizado que

[...] Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.⁵

13. Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha referido a este principio en el sentido de que "En términos de los artículos 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño [...]; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño*, en todas las medidas que tomen concernientes a estos".⁶

14. La misma Sala ha sostenido que el interés superior del niño, "Implica entre otras cosas tomar en cuenta aspectos relativos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para la elaboración de normas y aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño, de conformidad con lo establecido en el texto constitucional y la Convención sobre [los] Derechos del Niño".⁷

⁵ Observación General núm. 5, 2003, párr. 12.

⁶ Véase la tesis de rubro y texto: Interés superior del niño. Su concepto. En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: "la expresión interés superior del niño' implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño". Décima Época, tesis de jurisprudencia 1a.JJ. 25/2012 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. XV, t. I, diciembre de 2012, p. 334. Registro digital: 159897.

⁷ Véase la tesis de rubro: Derechos derivados de la patria potestad (Código Civil del Estado de México). Novena Época, tesis aislada 1a. CXII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 236. Registro digital: 168337.

15. La legislación civil del Distrito Federal⁸ establece una preferencia legal para que la madre tenga la guarda y custodia de los menores de 12 años, a excepción de los supuestos que la propia norma prevé: *i)* en casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora, o bien, *ii)* cuando exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.

16. No pasa inadvertido que, en el caso, derivado de la salida del señor César Bosa del domicilio conyugal, precisamente es la madre del menor quien actualmente tiene la guarda y custodia; sin embargo, de acuerdo con los criterios del Máximo Tribunal, para determinar si un menor de edad debe quedar bajo la guardia y custodia del padre o de la madre, la herramienta que permitirá dar respuesta a tal interrogante es la aplicación de los principios a la igualdad (reconocido en los artículos 1 y 4, párrafo primero, de la Constitución Federal) y el principio rector del interés superior del menor (reconocido en el propio artículo 4).

17. En efecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 745/2009,⁹ estableció que la Constitución Federal no sujeta la decisión de separar a un menor de edad de su padre o madre a la presunción de que la permanencia con esta última tendrá en el menor el efecto de un pleno crecimiento y desarrollo integral; así, el juez o jueza cuenta con la prerrogativa de valorar las circunstancias particulares para garantizar el respeto a sus derechos. Para tal examen, siempre deberá considerar que hombres y mujeres son iguales ante la ley, y, en específico respecto del cuidado y protección de sus hijos, ambos tienen la obligación de velar por el interés superior del menor.¹⁰

⁸ Artículo 282. Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

B. Una vez contestada la solicitud:

[...]

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

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 [...]. (cursivas añadidas).

⁹ Amparo directo en revisión 745/2009, resuelto por la Primera Sala de la SCJN, en sesión de 17 de junio de 2009.

¹⁰ *Idem.*

18. Por tanto, para esta juzgadora, la presunción de la ley de que es la madre a quien se le debe otorgar preferentemente la guarda y custodia de sus hijos e hijas se basa en estereotipos de género¹¹ que, en casos como el presente, preconiben a las mujeres como las que, por su *naturaleza*, esto es, por el solo hecho de ser mujeres, son más aptas para realizar las tareas de cuidado de los menores.

Es a las mujeres a quienes *naturalmente* se les ha exigido estar presentes en el hogar —con independencia de que a la par realicen un trabajo externo o desempeñen una profesión— para ocuparse de todas las tareas de cuidados y bienestar de sus hijos e hijas, porque ese rol les ha sido asignado *tradicionalmente* a partir de un reparto de funciones entre hombres y mujeres únicamente en mérito de su sexo, y que, en general, visualiza a estas últimas en roles de amas de casa y madres. De ahí la presunción legal que la legislación civil del Distrito Federal contiene.

19. No obstante dicha medida legislativa, lo que esta juzgadora deberá proteger es que la decisión de quien deba tener la guardia y custodia del menor César Bosa Allen atienda en todo momento al interés superior del niño, para garantizar su pleno crecimiento y desarrollo integral, y esta decisión debe respetar en todo momento el principio de igualdad entre los ascendientes.

20. En la demanda principal, el actor sostiene los siguientes hechos como base de su pretensión de guarda y custodia:

Mi hijo nació en diciembre de 2006 y cuando quise bautizarlo ella se negó dado que no cree en Dios. Dice que es para ignorantes creer en eso, y a la fecha el niño no está bautizado. En una ocasión traté de bautizarlo a escondidas y hubo una discusión en la que me corrió del departamento.

El sábado 11 de julio de 2009 estábamos en el domicilio conyugal platicando sobre el divorcio y posteriormente me metí a bañar con mi hijo, por lo que, sin consentimiento mío, tomó mi celular y se puso a revisar todo lo que tenía ahí. Encontró el mensaje de una amiga y empezó a decirme que la estaba engañando, me insultó, enfrente del niño diciéndome: "cabrón, hijo de puta". Inclusive se me fue a golpes dándome puñetazos en el pecho y en la cara corriéndome de la casa y avisándoles a mis papás. Les dijo que yo la engañaba. Mis

¹¹ Para entender este concepto, es ilustrativo lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que, por *estereotipo de género* se entiende la preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, los cuales reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades, por lo que la creación y el uso de estereotipos de género se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

padres bajaron con el vigilante y vieron cómo Karla Allen estaba tirada en el pasillo afuera del departamento, insultándome y a mi familiar también. Inclusive, a mí me jaloneo diciéndome que yo era un mal nacido que era de lo peor, que la engañaba, que si ese era el Dios en el que creíamos era un Dios de mierda.

De la misma manera, temo por la inseguridad de mi hijo ya que con el carácter que tiene, es capaz de todo con tal de molestarme, por lo que pido desde este momento se me otorgue la guarda y custodia de mi menor hijo. Él ha presenciado actos de violencia que su señora madre ha ejercido hacia mi persona, inclusive al niño le grita de cualquier cosa, sobre todo si no le hace caso, por lo que mi hijo está traumatado con tanto grito y de la forma como lo trata.

Asimismo, hago del conocimiento de su Señoría que el comportamiento y maltrato hacia nuestro menor hijo también se ha reflejado en su escuela. Durante las tres últimas semanas Karla Allen se ha dedicado a salir en repetidas ocasiones llegando al domicilio hasta altas horas de la madrugada dejando a mi hijo Jaime Bosa Allen al cuidado de la empleada doméstica. El niño está muy descuidado, tanto en su aseo personal como en su alimentación inclusive llega a la guardería sin bañarse, con la misma ropa del día anterior, oliendo muy mal, más delgado y con desatención evidente pues las maestras de la guardería me han comentado que mi hijo se ve mal tanto en su aseo personal como en su semblante ya que lo notan muy triste.

Asimismo, me manifestaron que en algunas ocasiones la señora Karla Allen ha llevado enfermo al niño a la guardería y una vez que él tenía mucha fiebre se le habló a la mamá para que fuera por él, a lo que les dijo que no tenía tiempo, que lo metieran a la alberca para que se le bajara la temperatura. También me informaron que, con relación a la comida de mi hijo, durante todo un año su mamá se empeñó en mandarles la misma papilla. Las maestras de la guardería le comentaron, en repetidas ocasiones, que esa papilla no era una alimentación completa para el desarrollo del niño, sin embargo, dichas recomendaciones fueron ignoradas y durante un año el niño comió esa papilla a base de plátano, yogurt y galletas "Marías". Con lo que se demuestra el descuido que tiene hacia mi menor hijo, ya que cualquier madre, si tiene enfermo a un hijo, no le importa dejar lo que estuviere haciendo, para llevarlo al médico, y se preocupa porque tenga una buena alimentación, lo que ella no ha hecho.

21. Las pruebas que el actor exhibió para demostrar su pretensión acerca de que la custodia y guarda de su hijo menor de edad deben otorgársele son las siguientes:

Documental privada. Consistente en la constancia expedida por la directora general del colegio al que asistía anteriormente el menor Jaime Bosa Allen, en la cual se señalan una serie de hechos:

- a) falta de higiene y limpieza en la persona y vestimenta del infante, pues el menor llega a la guardería con ropa sucia y sin bañarlo, con olor desagradable;
- b) desatención alimentaria, ya que los alimentos enviados por la progenitora a la guardería para el consumo diario del menor, en forma constante, son productos de consumo carentes de nutriente alguno;

- c) desinterés en la salud del niño en razón de que cuando a la madre se le hizo saber que el niño presentaba temperatura, no acudió al colegio para atender su salud;
- d) falta de preocupación en el desarrollo emocional del niño, ya que no lo lleva a actividades recreativas como natación. Tampoco lo lleva a otras actividades para que él mejore su desarrollo académico, motriz e intelectual, pues no permite que su hijo acuda a terapia de lenguaje y no cumple con las distintas manualidades y no lleva el material de trabajo solicitado por las maestras para las actividades académicas. Existe un incumplimiento total a las obligaciones de crianza del menor, al permitir que él presencie actos de violencia que afectan su desarrollo psicológico, por ejemplo, hablar mal de su progenitor frente a los padres de familia de la guardería;
- e) estos eventos sucedieron en las últimas semanas, posterior a que las partes se encontraran separadas y
- f) La parte demandada objetó estos hechos en su contestación a la demanda.

Documental privada. Ofrecida como superviniente. Consistente en la copia simple de la constancia expedida por la directora general del colegio, que contiene un informe detallado y dirigido a la señora Karla Allen, en el que se describe el motivo por el cual el colegio cerró sus instalaciones algunos días después del mes de agosto de 2009, según el calendario escolar. Tal información se le hizo saber en la primera junta de padres de familia llevada a cabo al inicio del ciclo escolar 2008-2009.

Documental privada. Expedida también por la directora del colegio, quien, en un informe detallado dirigido al señor César Bosa, le hacía notar el comportamiento negativo asumido por la señora Karla Allen en septiembre de 2009. En efecto, la señora Karla Allen se presentó al colegio y solicitó a la coordinadora una carta con papel membretado y sello oficial de la escuela en el que se describiera que el señor César Bosa, desde el 1 de julio de 2009, no iba a visitar a su hijo; que él había ido a pagar los libros sin la autorización de ella y que se anotara que un día había sido golpeada por el señor César Bosa. Dichas situaciones no ocurrieron, tal como lo indicó la persona que expidió la documental.

Documental privada. Que consistió en la constancia médica de fecha 16 de noviembre de 2009 expedida por la pediatra de cabecera del niño Jaime Bosa Allen, y en la que se señala que, al ser examinado por su pediatra, se determinó que presenta un peso clínico menor al de su edad.

La testimonial de los señores Bruno Bosa y Mariana Cymmerman (padres del señor César Bosa, demandante principal en la presente controversia), quienes en audiencia, el primero de ellos dio contestación a la sexta pregunta formulada por su oferente de la manera siguiente: "SEXTA.- Que el testigo sabe y le consta el trato que le da la demandada a su

menor hijo Jaime Bosar Allen; que lo maltrataba psicológicamente, ya que lo ponía viendo a hacia la pared para que supuestamente pensara lo que había hecho; le gritaba que su papá no lo quería; no lo “pelaba”. También había cosas inadecuadas en otras cuestiones como del cuidado del niño. Aparentemente la atención era buena, pero ella siempre buscaba que yo bañara al niño o lo cambiara”.

Al contestar la segunda pregunta con relación con la sexta pregunta directa formulada por la contraparte, manifestó “Que el testigo sabe del maltrato psicológico, ya que la señora Karla Allen siempre está gritando y que el niño se tapa los oídos para no oír. La manera en la que ella habla es siempre mediante gritos; cuando hay un problema incluso lo hace más fuerte”. El testigo concluyó que la señora Karla Allen siempre le grita a su hijo Jaime Bosa Allen.

22. Como se advierte, el actor principal sostiene la pretensión de obtener la guarda y custodia de su menor hijo, principalmente con argumentos que pretenden demostrar que la señora Karla Allen no ha sido una “buena madre” con motivo de la falta de atención en su cuidado –desaseo–; mala alimentación –dieta incorrecta y bajo peso para su edad–; vida personal –ha salido por las noches dejando al menor al cuidado de su empleada doméstica–; carácter –explosivo y violento–; violencia hacia el actor, e inclusive por aspectos religiosos como negarse al bautizo del menor, al no profesar la religión católica.

23. El demandante pretendió probar tales conductas mediante documentales privadas (escritos expedidos por el colegio en el que estaba inscrito el menor y una constancia médica) y testimoniales. No obstante, el análisis del acervo probatorio en su conjunto,¹² no lleva a esta juzgadora a concluir en el sentido que el actor lo sostiene.

24. Esto porque, en primer lugar, las documentales del colegio son de índole privado, por lo que, si bien dan cuenta de lo que ahí narra quien las emitió –directora general del instituto educativo–, no permiten afirmar la veracidad de los hechos, y mucho menos concluir que la situación del menor sea necesaria y forzosamente resultado de la falta de cuidados de la madre.

25. La crítica del centro educativo acerca de la dieta del menor, la afirmación de si cursa o no alguna actividad recreativa y cuál (como la natación, para la cual, según el colegio, la madre negó el permiso), y la necesidad de terapias de lenguaje, son decisiones que, más allá de lo que afirma el colegio, corresponden a los padres o tutores, por lo que, en

¹² Sirve de apoyo, lo resuelto por la Primera Sala en el amparo directo en revisión 1187/2010, en sesión de 1 de septiembre de 2010, por unanimidad de cinco votos, que interpretó que, conforme al principio del interés superior del niño, en los procedimientos que directa o indirectamente trascienden los derechos de los menores, el juez debe decidir atendiendo al mayor beneficio del menor, por lo que debe valorar todos los elementos probatorios que tenga a su alcance.

principio, tratándose del otorgamiento de la guarda y custodia, no los hace menos aptos para su cuidado.

26. No pasa inadvertida la constancia de la pediatra del menor, en la que da cuenta de su bajo peso "para su edad". Sin embargo, este aspecto tampoco demuestra que sea reprochable necesariamente a la madre, ya que, en primer lugar, el peso de un menor se debe a muchos factores, no solamente a la alimentación; y si bien requiere de atención para darle solución, no puede aceptarse que solo sea atribuible a la madre lo concerniente al estado físico y de salud del niño y, por ende, que solo a ella pueda reprochársele responsabilidad al respecto.

27. Inclusive, es un hecho que, en muchas ocasiones, la separación del padre y madre genera en los hijos e hijas múltiples efectos, tanto a nivel emocional como físico. Por ende, el peso del menor Jaime Bosa Allen podría tener relación con la situación que está viviendo a raíz de la separación de sus padres, o bien, debido a aspectos genéticos, por lo que el hecho de que la pediatra afirme que el peso del menor es más bajo de lo que clínicamente corresponde no se traduce, por ejemplo, en una mala salud o estado físico. Menos que lo hayan generado omisiones de la madre.

28. Al efecto, no pasa inadvertido que los estudios psicológicos practicados al menor por orden de esta juzgadora dan cuenta de que el niño presenta retrasos de aprendizaje y dificultad en la articulación y pronunciamiento de palabras, con importantes rasgos de ansiedad y estrés que se manifiestan en su comportamiento en general, además de que se le determinó como un niño temeroso y desconfiado, lo cual le impide establecer vínculos empáticos y amistosos.

29. Sin embargo, de esta circunstancia no puede responsabilizarse exclusivamente a la madre, ya que es corresponsabilidad de los padres proveer de cuidados a sus descendientes para su bienestar integral, máxime si se considera que, a la fecha en que inició este juicio, la separación entre los cónyuges tenía poco tiempo, pudiendo el padre haberlo advertido y ocuparse también de la situación física y emocional que presente su menor hijo. La condición física y emocional del menor no puede ser atribuible únicamente a la madre, ni por el colegio o su doctora pediatra, y muchos menos por parte del padre, ya que, evidentemente, ello se basa en prejuicios de género, por cuanto se asume *socialmente* que es la madre la que tiene el deber de procurar cuidados y su bienestar, y que, por ende, es la responsable directa si tiene bajo peso, problemas de lenguaje, ansiedad o estrés.

30. En cuanto a la prueba testimonial ofrecida por el señor César Bosa, si bien esta da cuenta de diversos hechos en los que —a decir de los testigos— la señora Karla Allen maltrató psicológicamente al menor, a través de castigos y derivado de que le "grita", es importante tener presente que los testigos en cuestión son familiares cercanos del actor, por

lo que, si bien es natural que quienes están en aptitud de rendir testimonio en casos del orden familiar serán en general aquellas personas que tengan cercanía con el menor y con sus padres –como familiares, amistades o empleados–, tal probanza debe necesariamente examinarse en conjunto con otras pruebas que permitan concluir de manera *objetiva* la existencia de maltrato.

31. Esto no se demostró, si bien esta juzgadora tiene a la vista el dictamen psicológico rendido por el maestro Lucio Cárdenas Rodríguez, quien fue designado por la Unidad Jurídica de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional Autónoma de México para practicar los estudios psicológicos ordenados en el juicio a la señora Karla Allen, en cuyas conclusiones se le señala como una persona manipuladora, que no establece relaciones o afectos profundos o duraderos, que difícilmente proporciona afecto, cariño o amor para lograr sus objetivos, que carece de valores tradicionales o familiares, calificándola como *emocionalmente* explosiva, inestable y extrovertida, lo cual caracteriza con una personalidad impulsiva. Además, el dictamen da cuenta de que, en la relación con su menor hijo Jaime Bosa Allen, la examinada es una persona que no parece mostrar gran interés en el desarrollo y bienestar de su hijo, al cual suele desatender, por considerarlo una molestia o un obstáculo. Asimismo, no muestra particular preocupación por su niño, aunque trata de aparentar lo contrario.

32. Para esta juzgadora resulta claro que del examen integral de las referidas probanzas ofrecidas por el actor principal, y de los estudios psicológicos practicados a la señora Karla Allen, inclusive al menor de edad, nos encontramos ante un caso en el que se está reprochando a la madre no cumplir con sus deberes de cuidado, en su mayoría derivado de prejuicios de género, tales como el papel de la mujer como madre de acuerdo con las tradiciones, costumbres y cultura mexicanas (ella es extranjera); la expresión de cariño, amor o afecto y de atenciones, juzgada desde un modelo que, de no seguirlo la mujer, se traducirá para los demás, casi seguramente, en falta de atención, de interés e inclusive de afecto o amor por su menor hijo.

33. Además, no debe pasarse por alto que tanto el señor César Bosa como la señora Karla Allen, en la demanda y reconvenición, se reprocharon mutuamente actos de violencia familiar, que inclusive fue objeto de una denuncia por parte de la señora Karla Allen en contra del señor César Bosa ante un juez cívico (en 2008).

34. En consecuencia, no puede soslayarse en este fallo que la situación vivida en el hogar ha presentado múltiples diferencias ideológicas, culturales, económicas, y diversos eventos que, sin duda, han afectado a su menor hijo, pero que, para efecto de determinar lo mejor posible para su bienestar en cuanto a su guarda y custodia a cargo de la madre o del padre, exigen de esta juzgadora examinar toda la problemática familiar a la luz del principio de igualdad, en específico, con perspectiva de género.

35. Esto no significa que *de facto* se privilegie a la mujer, sino que, al analizar los hechos, quien juzga debe identificar aquellos estereotipos de género que constituyen una forma de discriminación de las mujeres, y que se debe eliminar.

36. Ciertamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer reconocen la igualdad de la mujer ante la ley y el deber de toda autoridad de evitar el trato discriminatorio por motivos de género.

37. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹³ es el primer instrumento internacional creado para combatir directamente la discriminación estructural que viven las mujeres en todas las esferas de la vida. Para ello, este instrumento claramente define que debe entenderse como discriminación contra la mujer: "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil en cualquier otra esfera".¹⁴ Así, se incorpora la llamada "perspectiva de género",¹⁵ que toda autoridad jurisdiccional está obligada a utilizar como herramienta para identificar y eliminar prácticas discriminatorias.

38. Al caso, es relevante considerar que este instrumento internacional advierte cómo la cultura, la tradición, la religión, las costumbres y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole han restringido los derechos de las mujeres. Por tanto, los Estados parte se han obligado a implementar medidas que eliminen estereotipos y prácticas que nacen de la concepción del papel que corresponde desempeñar a hombres y mujeres, no desde un plano de igualdad sustantiva, sino desde la supuesta inferioridad de las mujeres respecto de los hombres, y de atributos o funciones asignadas socialmente de acuerdo con su género.

39. Por ejemplo, es a la mujer, en razón de su sexo, a quien se le han encargado tareas del hogar y de cuidados de los hijos, a costa de su desarrollo profesional o laboral, y se le juzga negativamente si lleva a cabo actividades sociales, mientras que al hombre se le considera como proveedor del hogar, por lo que tiene mayor oportunidad y acceso para

¹³ Adoptada el 18 de diciembre de 1979, mediante la resolución 34/180 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

¹⁴ Artículo 1.

¹⁵ Guzmán S., Laura y Campillo, Fabiola, *Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001, p. 8, <http://www.iidh.ed.cd/comunidades/derechosmujer>

trabajar fuera de casa, e inclusive para realizar actividades sociales, académicas, deportivas y de entretenimiento en mayor grado que la mujer.

40. Por otra parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belém do Pará)¹⁶ es el documento regional especializado en la protección de los derechos humanos de las mujeres a partir del cual los Estados parte se obligan a proteger los derechos de las mujeres y eliminar la discriminación por razón de género. Este instrumento obliga a garantizar un trato igualitario entre el hombre y la mujer. Obligación que también corresponde cumplir a las autoridades judiciales, mediante la emisión de sentencias que coadyuven a transformar la dinámica social, que incluye a la familia, y a eliminar prácticas discriminatorias.

41. Destaca la Recomendación 25, de 2004, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), por cuanto puntualiza que una de las tres obligaciones generales centrales de los Estados parte para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer es erradicar los estereotipos de género y lograr la igualdad sustantiva.

42. Por tanto, como adelantamos, es obligatorio que esta sentencia se emita a la luz de los principios de igualdad (sustantiva o de hecho) entre el hombre y la mujer y de no discriminación por razón de género, reconocidos en los artículos 1 y 4 de la Constitución Federal, así como en diversos instrumentos internacionales, a saber, en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;¹⁷ 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;¹⁸ 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, So-

¹⁶ Adoptada el 9 de junio de 1994 en la ciudad de Belém do Pará, en Brasil, por la Organización de los Estados Americanos.

¹⁷ Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

¹⁸ Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

ciales y Culturales;¹⁹ II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,²⁰ y 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²¹

43. Por consiguiente, si partimos de que la regla general es que tanto la madre como el padre son aptos para el cuidado de sus hijos e hijas, procurando siempre su bienestar integral, entonces, para determinar ante su separación quién deberá tener la guarda y custodia de aquellos, lo que debe verificarse, a la luz del principio de igualdad, es cuál es la situación más favorable para alcanzar tal fin, pues solo así se atenderá al principio del interés superior de los menores.

44. En ese sentido, conforme a todo lo relacionado, esta juzgadora llega a la conclusión de que la pretensión del actor de que le sea otorgada la guarda y custodia de su menor hijo se basa en estereotipos de género que miden la aptitud de la señora Karla Allen a partir de una preconcepción de que las madres deben dedicarse al cuidado de los hijos y que, para ello, deberán permanecer en el hogar, sin que les sea permitido priorizar su vida profesional y como si los hombres no fueran corresponsables del crecimiento y desarrollo de los infantes. Asimismo, se sustenta en estereotipos basados en rasgos del carácter que en las mujeres adquieren una connotación negativa: "emocional", "agresiva", "manipuladora", "explosiva".

45. Tal pretensión no puede admitirse, porque son precisamente este tipo de estereotipos los que han generado desigualdad y desventajas en las mujeres en decisiones sobre la guarda y custodia, la patria potestad y el divorcio.

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

¹⁹ Artículo 2.2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²⁰ Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".

²¹ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

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

46. En el caso, no puede descalificarse la *aptitud* de la señora Karla Allen para cuidar de su hijo Jaime Bosa Allen a causa de que desarrolle una profesión o lleve a cabo actividades sociales y para ello ocupe una red de apoyo de cuidados, ni tampoco en aspectos de índole religioso como bautizar o no al menor, que, en todo caso, debe ser acordado por *ambos* progenitores sin afectar su papel como madre. Tampoco por características de su personalidad que, también bajo una mirada estereotipada, consideran a la mujer como "manipuladora", "emocional", "explosiva" e "impulsiva" cuando no se conduce bajo los moldes de conducta aceptables en las mujeres.

47. Tales reproches del actor nacen en realidad de patrones culturales, tradiciones y costumbres que impiden una igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en el ámbito familiar, lo cual no es admisible conforme a la Constitución Federal y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y particularmente conforme a los derechos de las mujeres.

48. Lo anterior es más notable si atendemos a que, en el caso, el padre (actor en el juicio principal) desempeña un trabajo o profesión fuera del hogar que exige que realice viajes ocasionales y se ausente por más tiempo de casa, sin que se le reproche que durante sus ausencias encargue el cuidado de su hijo a terceros (ya sea familiares o empleados).

49. Incluso, de los estudios psicológicos practicados al demandado reconvenido se deriva que él es un sujeto que posee un adecuado control de impulsos, que no reacciona ni impulsiva ni agresivamente ante la problemática, tratando de hacer frente a las situaciones relacionadas *de una manera ordenada, sistemática y racional*. Esto permite corroborar claramente cómo se atribuyen a hombres y mujeres diversas características de su personalidad sobre la base de estereotipos y roles de género, que catalogan al hombre como un sujeto que tiene sus emociones bajo control y, por tanto, proyectan el mensaje que el señor César Bosa no es una persona generadora de violencia familiar, siendo que hay muchas formas de violencia en ese ámbito que son silenciosas (p. ej., la psicológica o la económica).

50. De esta manera, esta juzgadora no advierte que exista un riesgo real para el menor hijo del señor César Bosa bajo la guardia y custodia de su madre, que, en todo caso, es lo que llevaría a modificarla para que recayera ahora en el padre.

51. Por consiguiente, al no probar su pretensión en cuanto a la guarda y custodia definitiva del menor Jaime Bosa Allen, tampoco se actualizan las contenidas en los incisos A y B, al ser presupuesto necesario que el actor tenga la guarda y custodia de su hijo para exigir de la demandada la pensión alimenticia y su aseguramiento a favor del menor.

[...]

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE

PRIMERO. - Han sido procedentes las vías elegidas por las partes, en donde, en la demanda principal, el señor César Bosa, actor principal, *no* acreditó sus pretensiones y la señora Karla Allen, demandada principal, justificó sus excepciones y defensas.

SEGUNDO. - Se decreta la guarda y custodia definitiva del menor Jaime Bosa Allen a cargo de la señora Karla Allen, por las razones expuestas en este fallo.

TERCERO. - Se condena al señor César Bosa al pago de una pensión alimenticia a favor de su menor hijo Jaime Bosa Allen, la cual deberá proporcionar en la forma, términos y apercebimientos precisados en esta sentencia.

CUARTO. - Se establece un régimen de convivencias para que el menor hijo de las partes conviva con su señor padre en la forma y términos señalados en esta sentencia.

QUINTO. - Se requiere a las partes para que den cumplimiento a todos y cada uno de los deberes que implica el ejercicio de la patria potestad, así como a las obligaciones de crianza que exige la legislación civil

SEXTO. - En su oportunidad, gírese el oficio de descuento para cubrir la pensión alimenticia.

SÉPTIMO. - Se ordena a las partes a asistir y tomar terapias psicológicas en la forma, términos y apercebimientos especificados en la parte final de este fallo, por las razones señaladas en dicha parte considerativa.

OCTAVO. - No se hace especial condena en costas.

Notifíquese personalmente.

Lo resolvió y firma la Jueza Cuadragésima Segunda de lo Familiar del Distrito Federal ante la C. Secretaria de Acuerdos, con quien actúa y da fe. Doy fe.