



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

EL DERECHO A LA FAMILIA AMPLIADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DE LA
NIÑEZ EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN MÉXICO

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRA EN DERECHO
CON OPCIÓN TERMINAL EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

SUSTENTA:

ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL GUADALUPE LUISA RODRÍGUEZ
MORA

DIRECTORA DE TESIS

DOCTORA EN CIENCIAS DEL DESARROLLO REGIONAL

PERLA ARACELI BARBOSA MUÑOZ



MORELIA, MICHOACÁN, DICIEMBRE 2018.

DEDICATORIA

Dedicado a todos los menores que injustamente han sido separados de sus hermanos y de su núcleo familiar, por procedimientos jurídicos mal hechos y mal manejados por los jueces, que emiten sentencias de divorcio arbitrarias, superfluas y hasta injustas, desconociendo los sentimientos y descuidando el bienestar integral de los menores.

A mis padres, Hugo y Mayola, a mis hermanos Alex y Hugo, a su familia, por su amor y apoyo incondicional en todos mis proyectos, por su ánimo en todo momento difícil de ésta etapa y por preocuparse por mis proyectos de vida, ya que sin ellos, no hubiera sido posible terminar esta Maestría y particularmente, esta investigación.

A mi novio Edwin, que con su estima, ayuda y apoyo incondicional, siempre me motivó a no decaer y continuar, a pesar de las adversidades, durante mi estudio y me ha acompañado a caminar por la vida y por el sendero de mi investigación jurídica, siendo mi compañero de cada aventura y reto que representó ésta Maestría.

AGRADECIMIENTOS

Mi agradecimiento al Creador por brindarme la oportunidad de finalizar esta meta y darme la fuerza necesaria para salir adelante día a día.

Una mención especial para el valioso apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) y a la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, por patrocinio para la realización de este proyecto de tesis y por el impulso al desarrollo de las investigaciones y de la ciencia en México, favoreciendo el crecimiento de la nación y la formación de profesionales en diferentes áreas del saber humano.

Mi gratitud también para la Doctora en Ciencias del Desarrollo Regional Perla Araceli Barbosa Muñoz, catedrática de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, por su gran apoyo y profesionalismo, que siempre mostró para la realización de la presente investigación, ya que con su experiencia orientó a buen término la conclusión de este proyecto.

Gracias al Maestro Jorge Garrido Beltrán y al Doctor Carlos Rodríguez Camarena, por sus valiosas observaciones y orientaciones que hicieron posible la realización de ésta investigación.

ÍNDICE

DEDICATORIA	II	
AGRADECIMIENTOS.....	III	
RESUMEN.....	VII	
ABSTRACT	VIII	
INTRODUCCIÓN	IX	
CAPÍTULO PRIMERO		
PRECISIONES CONCEPTUALES DEL DERECHO DE LA FAMILIA		
AMPLIADA Y DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ.....		1
1.1 <i>RESEÑA HISTÓRICA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS</i>		
<i>HUMANOS DE LA NIÑEZ.....</i>		1
1.2 <i>CONCEPTO DEL MENOR</i>		6
1.3 <i>CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ</i>		11
1.4 <i>CONCEPTO DE FAMILIA</i>		18
1.4.1 <i>La familia ampliada</i>		22
1.4.2 <i>Concepto de hermano.....</i>		25
1.5 <i>DERECHO DE LA NIÑEZ A UNA FAMILIA</i>		28
CAPÍTULO SEGUNDO		
MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE LA NIÑEZ A LA FAMILIA		32
2.1 <i>CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....</i>		32
2.2 <i>CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....</i>		35
2.3 <i>JURISPRUDENCIAS Y TESIS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.....</i>		39
2.4 <i>LEY GENERAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y</i>		
<i>ADOLESCENTES.....</i>		43

2.5 PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	46
---	----

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO A LA FAMILIA AMPLIADA DEL MENOR Y SU PROTECCIÓN EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO	55
3.1 EL PAPEL DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO.....	55
3.2 DERECHO DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE SUS HERMANOS	62
3.2.1 Tesis del Poder Judicial de la Federación respecto a la separación de hermanos	69
3.3 MEDIOS QUE GARANTIZAN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO	73
3.4 ACTUACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS RESPECTO DE LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ DURANTE UN DIVORCIO	79
3.4.1 Ministerio Público	83
3.4.2 Tutores o tטרices provisionales.....	83
3.5 LA PONDERACIÓN DEL DERECHO DE LA NIÑEZ A LA FAMILIA AMPLIADA DESDE DE LA ÓPTICA DE LOS JUZGADORES	84

CAPÍTULO CUARTO

APORTES DEL DERECHO DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE SUS HERMANOS DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO ESPAÑOL.....	93
4.1 EL DERECHO DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE SUS HERMANOS EN LOS DIVORCIOS EN ESPAÑA.....	93
4.2 ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE PROTEGEN A LA NIÑEZ EN EL DERECHO ESPAÑOL	97
4.3 LA PONDERACIÓN DE DERECHOS DEL MENOR RESPECTO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN ESPAÑA.....	103
4.4 LAS ACTUACIONES DE LOS OPERADORES JUDICIALES EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO RESPECTO A PROCURAR NO SEPARAR A LOS HERMANOS	107

<i>4.5 APORTES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE SUS HERMANOS EN MÉXICO.....</i>	<i>111</i>
CONCLUSIONES	117
FUENTES DE CONSULTA	121
ANEXO.....	133

RESUMEN

La presente investigación que lleva por título *El derecho a la familia ampliada y el interés superior de la niñez en los procesos de divorcio en México*, ya que aborda un tema muy sensible, debido a que se estiman que algunos en los juzgados familiares en los que los menores acuden por el divorcio de sus padres, se ven afectados, ya que muchas de las veces, se vulnera el derecho de los menores a la familia ampliada al ser separados de sus hermanos.

En nuestra legislación mexicana al hablar de derechos humanos, se habla de la importancia de velar por la conservación del interés superior de la niñez, por encima de otros derechos de orden secundario. Es por ello que se debe incluir e interpretar a plenitud, éste derecho dentro de la praxis llevada a cabo por los juzgados que involucren menores en nuestro país.

Con la presente investigación se busca rescatar el derecho a una familia que tiene el menor y en especial al de la familia ampliada y destacar los amplios beneficios que el menor obtendría al convivir con sus hermanos, ya que un divorcio los expone a situaciones difíciles de comprender y asimilar, al punto que se habla de la necesidad de ponderar principios que se encuentran en contraposición.

Palabras clave: familia ampliada, niñez, divorcio, separación de hermanos y derecho a la familia.

ABSTRACT

This investigation entitled "The right to an extended family and the superior interests of the child in divorce proceedings in Mexico" is about a sensitive issue because many of children are affected in different ways, when the parents decide to initiate a divorce process, for example the right of children to an extended family is violated when they are separated from their siblings.

Our mexican legislation is related with the human rights, for that reason, we talk about the importance of ensuring for the conservation of the best interest of the child, over and above other secondary rights. That is reason why this right must be fully included and interpreted, in the legal praxis carried out by the courts that involve minors in our country.

The present investigation seeks to rescue the right to a family that has the child and especially the extended family and the extensive benefits that the child would get to live with their siblings, because a divorce exposes him to difficult situations to understand and assimilate, this kind of situations need to ponder some of principles that are in opposition to protect the right of child to the extended family.

Keywords: extended family, childhood, divorce, separation of siblings and right to family.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objetivo dar respuesta al planteamiento acerca de si el derecho a la familia ampliada y el interés superior de la niñez son protegidos durante los procesos de divorcio que se llevan a cabo en nuestro país y en particular se analiza cómo se lleva a cabo la protección del derecho a no ser separados de los hermanos durante un divorcio, derecho que brota del derecho a la familia ampliada.

Esta investigación se sitúa dentro del marco del derecho público; así como dentro de los lineamientos del derecho procesal y constitucional, buscando detectar las normas que vulneran el derecho del menor a no ser separado de sus hermanos durante los procesos de divorcio de sus padres en México. Los resultados obtenidos son comparados con el reconocimiento de este derecho en España, a fin de detectar posibles elementos de aplicación al contexto nacional mexicano.

Para profundizar en el tema sobre el derecho de los menores a no ser separados de sus hermanos durante el proceso de divorcio de los padres en México, se hizo una investigación exploratoria, debido a que es un tema poco estudiado y no se ha abordado antes desde una óptica tan específica en campo de la protección de derecho de los menores.

El derecho de los menores a no ser separados de sus hermanos durante los procesos de divorcio, ha sido ampliamente estudiado en otros países como España, donde el tema es específicamente abordado en el artículo 92.5 del Código Civil, donde se expresa la necesidad tener en cuenta el principio de que se procure no separar a los hermanos al momento de decretar la guarda de los menores.

Por su parte, Ureña Martínez, en su publicación *Derecho de Familia*¹, apuesta porque en los momentos constituyentes de los procesos de divorcio en España, se debe procurar la guarda y custodia considerando que los menores

¹Carrasco Perera, Ángel y Ureña Martínez, Magdalena, Lecciones de derecho civil. Derecho de Familia, Madrid, España, Tecnos, 2013, p. 203.

no deben ser separados de sus hermanos. Ocón Domingo, en su artículo titulado *Normativa internacional de protección de la infancia*², señala que es importante reconocer a los menores como sujetos de derecho a fin de que se generen condiciones de igualdad. Así, en materia de divorcio, no sólo cuentan los derechos de los padres, sino también los menores, uno de esos derechos es el derecho a no ser separados de sus hermanos.

A manera de ejemplo Pérez Contreras, en su libro *Derecho de familia y sucesiones*³, aborda el tema del derecho a la familia de los menores, haciendo referencia a las normas de orden público y de interés social que regulan y protegen a la familia y sus integrantes, entre ellas a los menores, los cuales deben gozar de una organización y condiciones suficientes para contar con un desarrollo integral. Todo ello, se debe ver reflejado en la aplicación de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por México.

Por su parte Chávez, en su obra *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*⁴, subraya que los menores son personas, sujetos de derecho. Por lo tanto dentro del ámbito familiar deben contar con la certeza de tener una familia, y recibir una adecuada formación humana con una visión de integralidad, la cual comporta también la convivencia con sus hermanos.

En materia de los derechos de los menores a no ser separados de sus hermanos, en México es un tema poco profundizado, por lo que cabe señalar que son pocas las publicaciones que abordan a profundidad el tema y que se aproximan un poco al tema de estudio de la presente investigación, de ahí la importancia de la presente investigación.

Es por ello que se hace necesario tratar esta idea para destacar sus limitaciones en nuestro país, ya que quienes son privados de la posibilidad de un

² Ocón Domingo José, “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Asuntos Sociales, Madrid, España, núm. 45, año 2003.

³ Pérez Contreras, María de Monserrat. *Derecho de familia y sucesiones*. Cultura Jurídica, México, 2010, pp.20-21.

⁴ Chávez Ascencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1990, p. 202.

ambiente familiar con estas características, el derecho familiar debe satisfacer esta necesidad a través de la utilización de medios como la adopción o la tutela, dejando en claro que el Estado, debe proveer y fomentar el ambiente familiar idóneo, en beneficio de la niñez por medio de políticas que abonen a este objetivo.

El fundamento teórico de la presente investigación tiene su sustento en el aporte de la Corte Interamericana, que publica en la publicación denominada “Opinión Consultiva”, que en la Convención Americana no se ha encontrado un concepto cerrado de familia, por lo que no se protege algún modelo tradicional, subrayando que la entidad de familia no queda reducida sólo al concepto de matrimonio, sino que debe comprender otro tipo de lazos familiares, como es el vínculo de los hermanos entre sí, siempre y cuando sean acordes con interés superior de la niñez.

Con base en lo anterior, la presente investigación se plantea la necesidad del análisis y sustento del derecho de los menores a no ser separados de sus hermanos en México, para garantizar el pleno desarrollo de los mismos. Así, el contenido de esta tesis queda conformado de la siguiente manera:

En el primer capítulo se desarrolla una reseña histórica sobre el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez, con lo cual se contextualiza el itinerario jurídico que se ha ido desarrollando a lo largo de tiempo en materia de derecho aplicable a los menores. A demás, se abordan algunas precisiones conceptuales relativas al derecho de la familia ampliada y del interés superior de la niñez para sentar los precedentes semánticos facilitando así la unificación de criterios y acepciones relativos a la problemática que se desea esclarecer.

A través del método sintético, en el capítulo segundo se analizarán las leyes generadoras del problema, la cuales representan el marco jurídico concerniente al derecho a una familia para la niñez; es decir, se trata de aquellos principios y disposiciones internacionales y nacionales que garantizan la protección del menor y su sano desarrollo.

Dentro del tercer apartado, con base en el método explicativo, se desarrollan las causas y circunstancias en las que el Estado mexicano tiene una actuación omisa para regular la protección y ejecución del derecho del menor a no ser separado de sus hermanos, durante los procesos de divorcio. Además se analiza la ponderación de los derechos de la niñez a la luz del interés superior de la niñez y de la figura de la familia ampliada, para demostrar que en la praxis, los juzgadores con frecuencia hacen aplicaciones muy generales de estos conceptos lo cual repercute en el desarrollo del menor.

El cuarto capítulo comporta un análisis real y comparado de la protección del derecho del menor en España, durante los procesos de divorcio y se establecen los parámetros de ponderación de derechos, desde el principio de la unión familiar a la que tiene derecho un menor, lo que podría tomarse en cuenta como alternativas de implementación en nuestro país.

Finalmente se comparten algunos aportes y conclusiones alusivos a la valoración operativa del derecho de los menores en México a no ser separados de sus hermanos, dejando en claro que es parte del derecho de la familia ampliada que aportaría líneas de cambio en nuestra nación.

CAPÍTULO PRIMERO

PRECISIONES CONCEPTUALES DEL DERECHO DE LA FAMILIA AMPLIADA Y DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

SUMARIO: 1.1 Reseña histórica sobre el reconocimiento los derechos humanos de la niñez. 1.2 Concepto del menor. 1.3 Concepto de interés superior de la niñez. 1.4 Concepto de familia. 1.5 Derecho de la niñez a una familia.

1.1 Reseña histórica sobre el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez

Los menores juegan un papel muy importante en la sociedad como futuro de la misma, debido a su delicada condición pueden ser manipulados fácilmente, por lo que el Estado debe garantizar que sean protegidos total y plenamente todos y cada uno de sus derechos. Por tanto, para poder tener una mejor comprensión de la presente investigación, resulta pertinente dar un pequeño vistazo a la historia de la protección de los derechos de la niñez en el mundo y en nuestro país.

Un primer acercamiento a la protección de estos derechos, surge con los romanos, sin embargo no fue uno de los pueblos de la antigüedad con una amplitud de reconocimiento de los derechos de la niñez. Para que un niño romano pudiera ser considerado como hijo legítimo era necesario, que naciera de un justo matrimonio, pero aún antes de nacer, él padre tenía la opción de impedir la concepción, y una vez concebido, ordenar el aborto, que sólo más tarde fue castigado, cuando se producía a su pesar o ignorado por él.⁵

En la sociedad romana, el niño quedaba admitido en la familia y constituido en sus *heredes* del padre, cuando el *pater familias* lo recibía como hijo. Una vez nacido, se le depositaba a los pies, y si el *pater familias* lo levantaba y lo apretaba entre sus brazos (*liberum tollere, suspicere*), a partir de ese

⁵ Guillen, José, *Urbs Roma, Vida y costumbres de los romanos III, Religión y ejército*, Ediciones Sígueme, Colección El Peso de los Días, núm. 9, Salamanca, España, 1980, p. 628.

momento, formaba parte de este núcleo.⁶ Los hijos que eran acogidos por el *pater familias* iniciaban un proceso de educación y cuidado especial, arropados por todos sus familiares, especialmente por las mujeres; por lo que se infiere que los menores tenían cierta protección a sus derechos en aquella época.

Por otro lado, durante la Edad Media, los niños fueron considerados únicamente como adultos pequeños,⁷ por lo que eran sometidos a jornadas laborales inhumanas de entre doce y quince horas, todos los días de la semana. Consecuentemente, la niñez formaban parte del grupo de la marginación, y se consideraba parte de los despreciados, es decir, la niñez se tenía en menor valía o eran escasamente tomados en cuenta, por su poca valía para el desempeño de actividades físicas o por la falta de utilidad las ideas que aportaban para quien convivían con ellos.⁸

El niño, durante esta época, desarrolló un papel económico muy importante dentro de su familia, ya que era mano de obra barata, lo que contribuyó a elevar su alta tasa de mortalidad, debido a las dificultades propiciadas por los trabajos que se le asignaban y se le imponían como un medio propio de vida; a este factor de mortandad, se le sumaban las condiciones económicas en que hubiese nacido.⁹

La religión juega un papel importante en la protección de derechos de la niñez en la Edad Media, debido a que hacía que los padres sufriesen una marca social de marginación, mientras que sus hijos eran solicitados para su acogimiento en las instituciones de caridad que la propia iglesia auspiciaba.

Los reinos cristianos, de esta época, optaron por defender a los menores, castigando aquellos que los corrompieran o mitigándoles las penas que se les pudiesen imponer, propiciando el respeto que les correspondía como si fueran adultos. La misión realizada por las instituciones protectoras de la infancia se

⁶ Guillen, J., ...*op. cit.*, pp. 165-166.

⁷ Yubero, Florián, *Formas de vida de los niños en la Edad Media*, España, 2011. <https://www.lanavevawordpress.com>.

⁸ Le Goff, J. *Lo maravilloso y lo cotidiano en el Occidente Medieval*, Barcelona, España, Gedisa, 1985, p. 131.

⁹ Beneyto, J., *Historia social de España e Hispanoamérica*, Madrid, Ed. Aguilar 1973, p. 154.

orientaba a que los menores que sobrevivían aprendieran un oficio o pasaran a ser criados a los ocho o diez años, como parte de la vida laboral de los adultos.¹⁰

A mediados del siglo XIX, surge en Francia la idea de ofrecer protección especial a la niñez; lo que permitió un desarrollo progresivo de los derechos de los menores. Específicamente, en el año de 1841, las leyes comienzan a proteger a la niñez dentro de las fábricas donde trabajaba y a partir del año de 1881, las leyes francesas garantizaron el derecho de la niñez a la educación.¹¹

Sin embargo, estos esfuerzos por reconocer los derechos de la niñez no fueron suficientes, puesto que la educación no era la única garantía necesitaba tener protegida en la época. Por tanto, a principios del siglo XX, se comenzó a implementar la protección de la niñez, pero ahora con avances dentro del área social, jurídica y sanitaria, este nuevo desarrollo se extendió más adelante por toda Europa.¹²

Posteriormente en 1919, se creó la Liga de las Naciones y la comunidad internacional comenzó a otorgarle más importancia a la protección de los derechos de la niñez, lo que arrojó la creación del Comité para la Protección de los Niños.¹³ Ya instaurados dichos organismos, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño (también llamada Declaración de Ginebra) con fecha del 16 de septiembre de 1924. Se trata del primer tratado internacional sobre los derechos de los niños, constituido por cinco capítulos en los que se otorga reconocimiento a los derechos específicos de la niñez, así como responsabilidades para los adultos con respecto a ella.¹⁴

A razón de esto, en el año 1945, la Carta de las Naciones Unidas estableció las bases para la Convención de los Derechos del Niño, invitando a todos los países del mundo a promover y alentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada tres años después, hizo mayor hincapié en que la maternidad y la niñez tuvieran derecho a cuidados y

¹⁰ Beneyto, J...*op. cit.* p. 155.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ Yubero, Florián...*op. cit.*

¹⁴ *Idem.*

asistencia especiales,¹⁵ motivo por el cual, se definió a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad.”¹⁶

Durante el siglo XX se aprobaron varias declaraciones de los derechos de la niñez, la última de ellas es la de 1959, donde se reconocía que “la humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle”.¹⁷ Posteriormente, la Segunda Guerra Mundial dejó entre sus víctimas a miles de niños, los cuales se encontraban en situaciones de desamparo y desesperación. Como consecuencia de esto, en 1947 se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, al cual se le concedió el estatus de organización internacional permanente en 1953.¹⁸

Dentro del reconocimiento internacional, cabe mencionar que después de varias modificaciones al texto y arduas revisiones a la Convención sobre los Derechos del Niño, tuvo su aprobación final después de que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara unánimemente el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1989. Dicho documento se convirtió en un documento jurídicamente vinculante para los países que forman parte de las Naciones Unidas y en septiembre de 1990, tuvo su ratificación por 20 Estados.¹⁹

Por lo que respecta a nuestro país, los antecedentes surgen desde la época de la Revolución, cuando la mayoría de los menores vivían en condiciones de miseria y su salud era precaria, sufrían de desnutrición debido a que sus padres no contaban con trabajo, ni dinero para alimentarlos, como resultado de la situación económica del país que se venía arrastrando desde la guerra de Independencia. De modo que los menores a partir de los 10 años, ya estaban en condiciones de portar armas e incluso eran enviados al combate.²⁰

En el año de 1917, se dan las condiciones propicias para la redacción de la Constitución, por otra parte, la situación de vida de la niñez era decadente, a

¹⁵ UNICEF. *El camino hacia la Convención sobre los Derechos del Niño*, en https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30197.html

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Carreño King, Tania, *Infancia y revolución*, México, CONACULTA, Colección Suma Mexicana, 2010, p. 23.

pesar de lo avanzado de los contenidos constitucionales. Además, en la línea de protección de los derechos sociales, únicamente se trataron dos temas relativos a sus: educación y trabajo.²¹

Cabe señalar que los niños permanecían en situación de vagancia, indigencia y mendicidad. Además, por el elevado número de menores del país, fueron considerados un peligro social, ya que al carecer de recursos económicos y empleo aumentaban los hurtos, lo cual generó que el Estado ejerciera un papel de tutela hacia los menores, considerando que la solución más sencilla era internarlos en una institución donde se les disciplinara, se les educara y se les formara.²²

No fue hasta el 10 de diciembre de 1999, que en México se aprobó en la Cámara de Diputados una reforma al artículo 4º constitucional relativa a los derechos de la niñez en la LVI Legislatura, con la intención de proteger realmente a sus derechos, la cual fue derogada en el 2001. En ella, se estipulaban los siguientes párrafos respecto al derecho de la niñez a poseer una familia o formar parte de ella, dejando en claro que:

Es obligación de los padres, del estado y de la sociedad, el preservar y proteger los derechos de los niños y niñas con la finalidad de garantizar su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad. La ley establecerá los instrumentos y apoyos para la protección de los niños y niñas y regulará las instituciones encargadas de la protección al menor.²³

En la actualidad, la Constitución vigente, dentro del artículo 4º, protege una gama de derechos fundados en el principio de igualdad entre las personas, de los cuales resulta necesario enfatizar, que la niñez tiene derechos que deben ser otorgados y protegidos por el Estado, y que éste velará y cumplirá con el

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, pp. 149-161.

²² Sánchez Mejía, María Eugenia, *Niños y adolescentes en abandono moral. Ciudad de México (1864-1926)*, México, INAH, 1986, p. 10.

²³ Sauri Suárez, Gerardo, *Las contradicciones de la reforma del artículo 4º constitucional, frente a la Convección de los Derechos de la Niñez*, en <http://www.derechosinfancia.org.mx/Legislacion/legislacion6.htm>, México, 2000.

principio del interés superior de los mismos, garantizándolos de manera plena, para que alcancen la satisfacción de sus necesidades, tales como: alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, pero principalmente, también el derecho a una familia, mediante la creación de diferentes organismos e instituciones.²⁴

Es así como se han originado, a partir de ello, una serie de ordenamientos jurídicos dentro del país, que ayudarán a la protección de estos derechos y donde el Estado se ha visto en la necesidad de ir adecuando sus sistemas jurídicos nacionales y locales a los estándares mínimos reconocidos por estas convenciones, además de realizar reformas legislativas al marco jurídico constitucional para poder protegerlos en la medida de lo posible.

Sin embargo, respecto de la importancia de la protección de la niñez con respecto a la convivencia con sus hermanos y su familia, hasta este punto de la investigación, aun no se percibe la generación de ordenamientos jurídicos que protejan este derecho, que resulta ser una clave importante para el desarrollo de la niñez tanto en el plano psicológico como en el plano moral. Por lo anterior, primeramente se abordará en la presente investigación una serie de conceptualizaciones para poder entender dicha importancia.

1.2 Concepto del menor

Para tener una visión de lo que representa un menor en la sociedad, resulta necesario saber que ser niña/o, no es una etapa de preparación para la vida adulta, sino que son formas de ser de un humano, con igual valor que cualquier otro humano que se encontrara en otra etapa de la vida. Por lo anterior, se reconoce a la niñez como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica. Por tanto, dentro del presente apartado se revisan algunos conceptos afines con el vocablo *menor*, para comprender sus límites y desinencias.

²⁴ Presidencia de la República, *Los derechos de los niños*, en <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/los-derechos-de-los-ninos-14212>, México, 2013.

Según la Convención sobre de los Derechos del Niño, en su primer artículo, establece que se entiende por niño, “todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Con excepción de los seres humanos que hayan alcanzado antes la mayoría de edad, a consecuencia de que su régimen legal así lo establezca.”²⁵ Se alude a la condición de las personas de pocos años de edad que se encuentra en posición de subordinación respecto de su capacidad de realizar actividades jurídicas por sí mismas.

A primera vista, este concepto podría ser utilizado por los Estados para justificar la denegación de los derechos contenidos en la Convención sobre de los Derechos del Niño, es decir, dejar fuera a quienes la legislación nacional no considere niños, cuando un Estado particular fija la mayoría de edad como una edad inferior o posterior a los dieciocho años. Sin embargo, el Comité de los Derechos del Niño,²⁶ ha aplicado sistemáticamente esta cláusula en el sentido de que sólo se permiten las definiciones de mayoría de edad fijadas por debajo de los 18 años cuando no van en detrimento de ninguno de los derechos protegidos por la Convención.

De acuerdo con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (*UNICEF*), la Convención sobre de los Derechos del Niño, definió a la *infancia* como un “espacio separado de la edad adulta y reconoció que lo que resulta apropiado para los adultos puede no ser adecuado para la infancia”²⁷; por tanto, reconoce que niñez es titular de sus propios derechos y que por lo mismo, no es receptora pasiva de la caridad, sino que, cuenta con la facultad para participar en su propio desarrollo, aunque estos individuos no sean plenamente idóneos para tal fin.

La legislación internacional establece al mismo tiempo que la niñez es sujeto de derecho y que debe contar con la protección y el mismo cuidado que se brinda a los adultos en todos los aspectos de su vida cotidiana. Por tanto,

²⁵ *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada en México en septiembre de 1990.

²⁶ *Comité de los Derechos del Niño*, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de sus dos primeros protocolos.

²⁷ Bellamy, Carol, *Definición de la infancia, infancia amenazada, Estado Mundial de la Infancia 2005*, en <http://www.unicef.org/spanish/sowc05/childhooddefined.html>.

debe contar con derechos esenciales tales como el derecho a la familia, a la educación, a la vivienda, a la alimentación y a la salud, siendo responsabilidad de los adultos velar por que estos derechos sean cumplidos.

Por otra parte, Amnistía Internacional, señala otra concepción de la palabra niño, siendo así que niña o niño “se considera a toda persona menor de 18 años”,²⁸ considerando que, indistintamente, un menor, es cualquier persona que cumpla con dicha característica. Por tanto, la mayor parte de los países del mundo han fijado la mayoría de edad civil a partir de los 18 años. Al adoptar esta definición, se logra estar en consonancia con la mayoría de Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) y con diversos grupos de defensa y protección de los derechos de la niñez para buscar salvaguardar los derechos de este sector vulnerable de la población.²⁹

La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, establece otro criterio aplicable al concepto de *niño* que es similar al anterior: “todo ser humano menor de 18 años”.³⁰ En los textos de derechos humanos también aparece el término *menor*, el cual no designa con exactitud un sinónimo de *niño*, ya que se refiere a personas que pueden ser procesadas y juzgadas en el sistema de justicia para menores.³¹

La UNICEF, ha establecido que el tiempo que transcurre de la infancia a la adolescencia, y posteriormente la llegada a la etapa adulta, implica un periodo idóneo para crecer, aprender, jugar y desarrollarse. Este es el ideal para la niñez en México y que se conceptualiza a partir de sus características y condiciones de desarrollo, por lo que se puede concluir que es difícil diferenciar el concepto de menor, con respecto al de la palabra niñez.³²

Desde el punto de vista jurídico mexicano, se puede decir que la palabra *menor* no es similar a *incapaz*, sino que se debe entender al *menor* como una persona de corta edad, como lo considera el Código Civil de Michoacán. Por

²⁸UNICEF. *Definición jurídica de niño/a*, en <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/menores/dh-inf-defin.html>. New York.

²⁹ *Idem*.

³⁰ UNICEF. *Definición jurídica de niño/a, ...op. cit.*

³¹ *Idem*.

³² Bonifaz Alfonso, Leticia, *La evolución de los derechos de niñas y niños a partir de la Constitución de 1917*, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017, p. 21.

tanto, se hace necesario recurrir a otros términos de reciente adecuación y aceptación de acuerdo con nuestro país, entendiendo que un sinónimo de menor podría ser *niña*, *niño* o *adolescente*, dejando de lado la palabra *infante*.

Resulta necesario hacer esta advertencia dentro de la presente investigación, debido a que existen diversas maneras de llamar a un menor; desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, como rama autorizada, autónoma y adecuada, para proteger integra y globalmente a la niñez en la esfera nacional, en materia del campo de sus derechos civiles.

Existen dos posturas sociojurídicas de cómo debe nombrarse a los seres humanos cuya madurez física y mental está en proceso de evolución; y que su protección o cuidado corresponde a los adultos a su cargo y en general, a las instituciones avocadas a ello.³³

La primera postura utiliza el significado de menor como un término adoptado por la teoría clásica del derecho, con una concepción tutelar que considera a niñas, niños y adolescentes carentes de plena capacidad para actuar. Por tanto, el uso que se le da a la palabra menor en la legislación mexicana comprende a las personas menores de 12 años y los adolescentes como personas mayores de 12 años, pero menores de 18 años.³⁴

Otra postura surge en el ámbito internacional, donde se sostiene que al intentar adjudicar un significado a la norma que utiliza la denominación de *menor* para referirse al derecho de niñas, niños y adolescentes, lo que se debe de interpretar que estas disposiciones, es la referencia que se hace a un grupo de personas que se distingue de otro, pero basados únicamente en su edad y no por sus razones de capacidad o aptitudes.³⁵ Por lo tanto, se deduce que se tienen distintas clasificaciones de las y los menores de edad:

- Niña y/o niño: como un ser humano de entre cero y doce años no cumplidos aún.

³³ *Ibidem*, pp.11-12.

³⁴ Castillejos Cifuentes, Daniel A., *Análisis constitucional sobre el uso del término menor, y los de niños, niñas y adolescentes*, en Pérez Contreras, María Montserrat y Macías Vázquez, Ma. Carmen (coords.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, p. 70, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/10.pdf>.

³⁵ *Idem*.

- Adolescente: un ser humano de entre quince y dieciocho años no cumplidos.
- Primera infancia: la etapa de la niñez que va de los cero años a los seis años de vida.
- Segunda etapa de la niñez: que va de los seis años de edad a los doce años.
- Preadolescente o pubertad: etapa de un ser humano de entre los doce y quince años de edad.

Conforme a esta óptica, Daniel Cifuentes señala que el uso actual que se le da a la palabra menor nos lleva a una óptica jurídica y otra sistemática; la primera se refiere a la minoría de edad que es establecida en los instrumentos jurídicos de los sistemas universales e interamericanos, de los que México es parte, con la finalidad de delimitar su ámbito de aplicación personal, sin ninguna connotación negativa ni excluyente; y el segundo argumento se refiere a la utilización de un menor con un enfoque humano.³⁶ En la presente investigación se pretende enfatizar ambos sentidos ya mencionados.

Finalmente, cabe señalar que existe el riesgo de admitir una concepción de *menor* como individuo, pero despojado de la mayoría de sus obligaciones, mostrándole dependiente económicamente, carente de participación política, inmaduro emocional y moralmente, lo cual sería erróneo.

Todas estas concepciones de la palabra *menor* ayudan a conocer las características y especificidades, con las que un menor debe vivir, protegido dentro del seno una familia y representado por ésta, ya que es el núcleo donde nace y se desarrolla de manera cotidiana. Sin embargo, a lo largo de la presente investigación, se podrá reconocer que esto no es así en todos los casos jurídicos en los que se ven involucrados menores; por lo que el Estado tiene una misión esencial, consistente en proveer instituciones que favorezcan la protección amplia de los derechos de los menores y el desarrollo integral de los mismos.

³⁶ González Martín, Nuria, *Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México, Porrúa, UNAM, 2009, pp. 24-25.

1.3 Concepto de interés superior de la niñez

Considerar que la protección del interés superior de la niñez³⁷, indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables para la niñez, a fin de que ésta pueda vivir plenamente y desplegar sus potencialidades. Esto lleva, implícitamente la obligación de que, independientemente a las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar su desarrollo; por tanto, en el siguiente apartado se abordará un poco la interpretación de dicho concepto.

En nuestro país, para dar cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño, se motivó la reforma y aplicación al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto a los derechos de la niñez, dejando en claro que este grupo social está provisto con derechos de rango constitucional, basado en tres ejes principales:

- El eje de los derechos básicos de la niñez para la satisfacción de sus necesidades y su desarrollo integral.
- El eje de las obligaciones de los tutores para la preservación de los derechos antes mencionados.
- El eje de la provisión del Estado en el cumplimiento de los mismos.

En esta misma línea de defensa de derechos de la niñez, el 29 de mayo del 2000, se promulgó la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Se trata de un avance a la propuesta de reforma del artículo 4° constitucional que tiene como propósito dar continuidad en el ámbito legislativo a los esfuerzos anteriormente señalados.

Siguiendo los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y *Adolescentes* se abordan siete principios protectores de la niñez: el interés superior, la no discriminación, la igualdad, la vida en familia, la no violencia, la

³⁷ En adelante como criterio metodológico se usará el término niñez como cuando se refiera de forma genérica a los menores, y al término “niña, niño, y adolescentes” empleados en algunas legislaciones o bien a la infancia. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza del desarrollo de la presente investigación, en el capítulo III y IV, cuando se haga referencia a un solo individuo, se utilizará el término menor (sustantivo singular).

corresponsabilidad del Estado y las instituciones, entre ellas la familia misma; y por último la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y sus las garantías constitucionales.³⁸

Una primera óptica de este concepto es que el interés superior de la niñez es la plena satisfacción de sus derechos, “como un principio que garantiza que se obligue a la autoridad a su cumplimiento, dejando en claro que su utilización se debe armonizar bajo la concepción de derechos humanos.”³⁹ Nuestro país intenta mostrar un crecimiento jurídico con su capacidad de desarrollar a quiénes actualmente se encuentran en esta etapa de la vida, lo que constituye un elemento básico para la preservación y mejoramiento de la raza humana.

Ahora bien, en la misma línea, jurídicamente en México se aborda el interés superior de la niñez, como primer punto normativo, a partir de lo señalado en el parágrafo 6, del artículo 4º de la Constitución mexicana, el cual a la letra dice lo siguiente:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.⁴⁰

Por lo anterior, en este fragmento constitucional garantiza el cumplimiento del interés superior de la niñez y el cumplimiento de manera plena de sus derechos, así como a la satisfacción de sus necesidades básicas: alimentación, salud, educación y un sano esparcimiento para su desarrollo integral. Además,

³⁸ Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁹ Álvarez, de Lara, Rosa María, *El concepto de la niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación mexicana*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, núm. 5, 2011, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/4>.

⁴⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, México.

se estipula que los encargados de su cuidado tendrán la obligación de preservar y exigir que se cumplan estos derechos, encaminado esto al derecho que tiene la niñez a desarrollarse en un entorno familiar durante los procesos de divorcio como parte importante para lograr un crecimiento integral de los menores.

Para complementar el marco normativo mexicano que se estableció a nivel federal por la Constitución mexicana, también se deben tener en cuenta los aportes que tiene la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, del 29 de mayo del año 2000, especialmente en sus artículos 3°, 4°, 24° y 25°; en los cuales, se deja constancia expresa de la importancia del interés superior de la niñez.

Tomando en cuenta ambos cuerpos normativos generales, sabremos que el interés superior de la niñez, es y será un concepto jurídico de interpretación indeterminada, marcado por la generalidad de estas normatividades y deberá complementarse, a través de adecuaciones particulares, por los juzgadores en los ámbitos estatales y municipales, siendo válido esto, para el caso de Michoacán y el resto de las entidades federativas que constituyen la nación mexicana.⁴¹

Por lo que respecta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de defensa, protección y promoción del interés superior de la niñez, se afirma que este concepto exige, a todos y cada uno de los operadores judiciales, mayor responsabilidad y esfuerzo en los parámetros con los que debe protegerse dicho interés, y que deben ser tomados en cuenta al momento de elaborar normas; de modo que no afecte el desarrollo de la niñez en los diferentes ámbitos, respetando una visión de integralidad, es decir, que se debe respetar el ámbito moral, social, cultural y psicológico. En este sentido se puede citar la siguiente jurisprudencia:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO... 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

⁴¹ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional, Contexto mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, pp. 6-8.

Interamericana de Derechos Humanos... de la siguiente manera: la expresión 'interés superior del niño'... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.⁴²

En este criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, muestra que el interés superior de la niñez debe ser velado con todas las medidas que estén relacionadas con ella, lo que abarca su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Lo anterior, ha de ser tomado en cuenta por los juzgadores y legisladores, en todos los asuntos jurídicos donde se vean implicado un menor.

Tratando de tener un acercamiento que proporcione un concepto más sólido de lo que sería el interés superior de la niñez tenemos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace otra interpretación de este concepto y sus alcances, que al momento de aplicarse en un juicio pueden ayudar a determinar hasta donde es la esfera de protección de este concepto, como se muestra a continuación:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. 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.⁴³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, es clara y precisa en esta tesis, al definir qué es el interés superior de la niñez, resaltando la importancia de que en dicho concepto se estipula que se deben generar las condiciones

⁴² Tesis 1ª. CXLI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 265.

⁴³ Tesis 1ª, 1284, *Tribunales colegiados de circuito*, Novena Época, Apéndice 1917, t. V, Civil Segunda Parte-TCC Segunda Sección-Familiar Subsección 1-Sustantivo, septiembre 2011, p. 1436.

materiales que permita a este sector de la población vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible en la esfera personal, familiar y social, dejando en claro que el Estado debe promover y garantizar en el ejercicio de su función legislativa, ejecutiva y judicial sobre la protección de la niñez y sus derechos, de modo que así se obliga a los tres órdenes de gobierno a protegerlos, sin excusa ni pretexto.

Una tercera consideración, que hace la Suprema Corte de Justicia sobre este concepto es que la expresión interés superior de la niñez, implica que el desarrollo de éstos individuos, y el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida, como se puede apreciar en la siguiente tesis:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS. El interés superior del menor implica, entre otras cosas tomar en cuenta aspectos dirigidos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para elaborar normas y aplicarlas en todos los órdenes de la vida del menor, conforme a la Constitución...⁴⁴

Identificados los derechos primordiales y fundamentales que brotan de la figura jurídica del interés superior de la niñez, otra definición en la doctrina que podríamos considerar es la siguiente, que de acuerdo con Ruíz de Chávez, comprende una visión del alcance de este concepto aún más amplia:

...las vidas de las personas en gestación o nacidas que aún no alcanzan la mayoría de edad deben ser respetadas, de manera tal que el Estado, los ascendientes o quienes en ellos ejerzan la patria potestad velarán por su salud y supervivencia para que alcancen un pleno desarrollo personal e integración social. Asegurados dichos bienes, deberá protegerse al menor de cualquier explotación física, mental o emocional, dentro o fuera de la

⁴⁴ Tesis 1ª. CXXI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, I. IX, junio de 2012, p. 261.

familia para que esté en condiciones de ejercitar los derechos consagrados a su persona por el simple hecho de existir.⁴⁵

Todas estas legislaciones en distintos órdenes y niveles son muestra del relevante papel de concepto del interés superior de la niñez, por lo cual, se abren grandes áreas de oportunidad de aplicación y perfeccionamiento de las mismas, especialmente en el ámbito de las instituciones a cargo de la cristalización de estos contenidos, entre ellas el Estado.

En este sentido se debe armonizar la utilización del interés superior de la niñez con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la niñez. En un esquema paternalista o autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa, anteriormente interpretan este principio, como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar depende de que el Juez se comporte de acuerdo a ciertos parámetros de ponderación de derechos que supuestamente reflejan “su idoneidad” de aplicación.⁴⁶

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han desarrollado ampliamente el concepto de *corpus juris* de derechos de la niñez, para establecer un marco de protección holístico basado en los artículos 7° y 19° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que integra los estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en materia de niñez, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño de lo que deriva la aplicación del interés superior de la niñez.

⁴⁵ Ruiz de Chávez V., y F., Enrique. “Del interés superior del menor”, *Revista El Mundo del Abogado*, núm. 142. Febrero 2011, México.

⁴⁶ Atienza, Manuel y L. Vigo Rodolfo, *Argumentación constitucional. Teoría y práctica*, Porrúa, México, 2014, p. 16.

De acuerdo con Miguel Carbonell, este principio de defensa de los derechos de la niñez se concretan en diversos contenidos constitucionales,⁴⁷ como por ejemplo el artículo 4º, párrafo sexto al octavo, donde se sustenta que existen diversas disposiciones en torno a la niñez, siendo estos individuos sujetos de derecho y se señala que se debe garantizar: educación, salud, prohibición de trabajo a una edad temprana, creación de procedimientos judiciales y sanciones específicas para los menores, etc.

Las condiciones propias de la niñez los colocan en situaciones extraordinarias de debilidad, por lo que se hace necesaria una cantidad de cuidados y protecciones adicionales a diferencia de los adultos. Así pues, sus derechos, son derechos humanos; es decir, que buscan protegerles, pero desde sus etapas tempranas de vida y por lo mismo, deben gozar de garantías fundamentales y esenciales.⁴⁸

Los derechos del niño cristalizan los derechos fundamentales para todos los seres humanos como: el derecho a la vida, el principio de no discriminación y el derecho a la dignidad, protección contra la esclavitud, tortura y malos tratos, derecho a una identidad, que incluye el derecho a una familia y nacionalidad, entre otros, garantizando así un correcto desarrollo de los menores.

Según Rafael Sajón el derecho de menores se define como:

Conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto regular la actividad comunitaria en relación con el menor; el Derecho de menores, es una rama del derecho que regula la protección integral para favorecer, el desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores condiciones físicas, intelectuales emotivas y morales a la vida social normal.⁴⁹

Así pues, el derecho tiene por sujeto a la niñez, como figura incapaz, con el propósito e interés social que de éste surja, para desarrollarse normalmente y

⁴⁷ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, pp. 898-919.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Sajón, Rafael, *Derecho de Menores*, 2ª. ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Argentina, 1995, p. 17.

llegue a la mayoría de edad en plenitud. Además, regula su actividad normal y conflictual con la familia y la comunidad, tanto en el orden jurídico y social.

Estos derechos de la niñez también pueden ser llamados derecho de la niña o niño, o bien, derechos de los menores y según la doctrina “es un derecho singular, inminente tuitivo que tiene por objeto la protección integral del ser humano desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social”,⁵⁰ adoptándolo como una rama del derecho autónoma y distinta del derecho civil o del derecho familiar, donde normalmente se le encuentra.

El Doctor Joel Francisco Jiménez García en su obra *Derecho de los Niños*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, define el derecho de la niñez como: “una rama del Derecho que regula la protección integral del menor para favorecer en la medida de lo posible el mejor desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo cuando llegue a su plena capacidad en las mejores y más favorables condiciones, físicas intelectuales y morales a la vida normal”.⁵¹

El interés superior de la niñez, es un concepto que actúa como un filtro de control para una adecuada y justa aplicación e interpretación de los instrumentos convencionales, por lo que al aplicarse en los asuntos jurídicos que involucren menores, debe conducir al aterrizaje justo y real del convenio convencional. Sin embargo, en la práctica resulta un concepto jurídico indeterminado, debido a la diversidad de interpretaciones de este concepto.

1.4 Concepto de familia

La familia constituye el grupo natural, del cual surgen los individuos que conforman la sociedad. Estos grupos han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre y dieron origen a diversos tipos de familias, las cuales reflejaron una gran variedad de situaciones jurídicas, políticas, económicas y

⁵⁰ Jiménez García, Joel Francisco, *Derecho de los niños*, México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura. UNAM, 2000, pp. 4-5.

⁵¹ *Idem.*

sociales; es así como en este subtema se abordará su conceptualización para comprender los vínculos familiares a los que tiene derecho un menor.

Esta institución ha sido identificada de diversas formas, como asociación humana, célula natural o como núcleo de toda organización social, etc.⁵² La palabra *familia* procede de la voz latina *familia*, una derivación de *famulus*, que a su vez procede del osco *famel*, que significa siervo, y más remotamente al sanscrito *vama*, hogar o habitación, significando por consiguiente: “*el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.*”⁵³

De modo que el término *familia* posee distintas acepciones, pues su significado depende del ángulo en el que se coloque el estudioso para reflexionar; un ejemplo de ello es el concepto de familia que tiene Baquero Rojas, quien nos dice que familia es: “el grupo social en el que recae todo tipo de responsabilidades para que una sociedad se defina y desarrolle. Entre ellas en lo individual a cada uno de los sujetos unidos por vínculos de sangre producto de la convivencia intersexual y e filiación o por vínculos jurídicos, como ocurre con la unidad familiar en su totalidad.”⁵⁴

Según Baquero, nos habla de tres tipos de conceptos de familia: *biológico*, *sociológico* y *jurídico*. En el *biológico* dice que la familia se conforma por la “unión sexual de la pareja compuesta por un hombre y una mujer a través de la procreación, generando lazos de sangre, por lo tanto, deberá entenderse como el grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación alguna”.⁵⁵ El *sociológico*, describe a la familia como:

...un conjunto de individuos que se han organizado de diferentes maneras, durante distintas épocas y lugares... correspondiendo a la denominada familia nuclear, compuesta exclusivamente de la pareja y sus descendientes inmediatos, los cuales al unirse con los miembros de otras

⁵² Jiménez García, ... *op.cit.* pp. 4-5.

⁵³ Chávez Ascencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1990, pp. 202-205.

⁵⁴ Baquero Rojas, Edward y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, 2ª. ed., México, Oxford, 2013, p. 3.

⁵⁵ Baquero Rojas, ... *op. cit.* pp. 3-4.

familias, forman una nueva familia y aunque vivan separadas, están engranadas de una forma típica en redes alargadas de familias.⁵⁶

Y finalmente el enfoque jurídico, refiere a la familia como:

...grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como a otras personas unidas bien sea por vínculos de sangre, a partir del matrimonio y el concubinato, o bien por vínculos civiles, a las que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones y otorga al mismo tiempo derechos jurídicos, como la adopción.⁵⁷

Según Chávez Ascencio, el concepto de familia tiene un concepto real de familia-parentesco, de modo que la familia se integra por el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar y comprende tres niveles de relación: conyugal, paterno-filial y las que, genéticamente, se llaman parentales.⁵⁸ Por tanto, su definición de familia habla de:

...una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual tiene un patrimonio propio; que se integra con los progenitores (o uno de ellos), y con los hijos (incluyendo a los adoptados) a quienes pueden incorporar otros parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del matrimonio o el concubinato, la filiación y el parentesco.⁵⁹

Por su parte Galindo Garfias nos da su definición de familia como:

...grupo de personas como grupo social ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del derecho biológico de la procreación... es el conjunto de personas que proceden de un progenitor o tronco común, sus

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁸ Chávez Ascencio, *op. cit.*, p. 209.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 222.

fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).⁶⁰

Esta relación paterno-filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de ese grupo familiar, tales como: sentimientos morales, jurídicos, económicos y de auxilio, o bien de ayuda recíproca que no parecen ajenos al derecho objetivo.

De acuerdo con nuestra Constitución mexicana vigente, el artículo 4º, establece que el “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia”. A partir de ese concepto se puede afirmar que grupo social forma parte del estudio jurídico que todo lo que de ella emane, entra en la órbita del derecho constitucional y concretamente en el campo de estudio de los derechos fundamentales.

Consecuentemente, las relaciones jurídicas familiares son generadoras de deberes, derechos y obligaciones que surgirán entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato; por tanto, es deber de los miembros de la familia observar entre ellos, solidaridad, respeto y atención recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares, pero especialmente en el respeto a los menores.⁶¹

Se socializa de este modo al nuevo miembro, haciéndolo apto para la vida de la comunidad a la que pertenece, de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social, logrando que el individuo se encuentre preparado para fundar por sí mismo su propia familia y recomenzar el núcleo que nutre la vida social.⁶²

Como lo hemos visto, es difícil aplicar una definición concreta y unívoca a la *familia*; la cual, en México, cuenta con diversas estructuras, debido a que existe un verdadero mosaico familiar. La organización de la familia ha sufrido

⁶⁰ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso parte general de personas, familia*. 21ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 447.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Olavareta, Marcela, “La familia. Estudio antropológico”. *Familia hoy*, Madrid, UNED, 1976, p. 11.

importantes variaciones ya que existe una gran variedad de conceptos y realidades familiares, como las familias indígenas, campesinas, obreras, nucleares, monoparentales, entre muchas más.⁶³

A lo largo de este apartado se ha manifestado como el aumento de los divorcios, la globalización, el crecimiento de familias monoparentales, entre otros motivos de definiciones diversas de familia, son fenómenos consecuentes al cambio de las pautas organizativas de la sociedad, lo que puede perjudicar a un menor para que sea separado de sus hermanos.

1.4.1 La familia ampliada

La familia como núcleo que forma a la sociedad se encuentra protegida por el artículo 4º constitucional, sin embargo el concepto de familia como se ha visto, resulta ser muy corto por sólo considerar como miembros de ésta a padres e hijos, por lo que se ha considerado el término de *familia ampliada* que la Suprema Corte de justicia de la Nación ha interpretado de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño; es así como en el siguiente apartado se profundizará un poco más respecto de este concepto.

Partiendo de la aclaración de que el término *derecho de familia* es equiparable al de *derecho familiar*, cabe señalar que Chávez Ascencio define al *derecho de familia* como “el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado y protegen a la familia y sus miembros, y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin.”⁶⁴

Es evidente que el *derecho de familia*, no penetra en todas las relaciones familiares, debido a que muchas situaciones se resuelven con criterios morales. Por lo que no puede desconocerse la necesidad de que el Estado intervenga para procurar mayor firmeza, certidumbre y estabilidad en las distintas relaciones que regula el derecho familiar.

⁶³ Suárez Terán, Adolfo, *El estado en el cuidado de los menores*, Morelia, México, Grafidea, 1989, p. 14.

⁶⁴ Chávez Ascencio...*op. cit.*, p. 140.

Para Boqueiro Rojas y Buenrostro Báez, el derecho de familia, es “el conjunto de normas jurídicas de orden público e interés social que regula la constitución, organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos”.⁶⁵ Es parte del derecho privado que se vincula con el derecho público para reglamentar las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar, en cuanto a su constitución, organización y disolución, de ahí que responda a la regulación jurídica de los hechos biosociales, derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio, el concubinato, la filiación o el parentesco.

Por otro lado, en el derecho se reglamenta el concepto de *familia ampliada*, mismo que se define como una comunidad compuesta por la madre, el padre, sus hijos (incluyendo los adoptados) y los abuelos.⁶⁶ Otros autores como Baqueiro, señalan que la familia ampliada se organiza por medio de la agrupación de los hijos con sus parejas y con los hijos de éstos últimos, quienes pertenecen siempre a la familia originaria, familia fundante o del *páter*. En estas circunstancias es posible que tres o más generaciones vivan juntas en una unidad familiar y en un mismo lugar.⁶⁷

Así, en el derecho comparado, encontramos el uso del término *familia extensa* que parecería que se equipara al de *familia ampliada*, aunque su designación refiere que está constituida por parejas con o sin hijos y por otros miembros, parientes o no, de los miembros de la misma pareja inicial. Este tipo de familia se clasifican en: *simples* o *biparentales*, parejas con otros parientes, pero sin hijos; *monoparentales*, integradas por un padre y una madre, con uno o más hijos, además de otros parientes; un ejemplo de familia *monoparental*: la madre, la abuela y el hijo. *Biparental*: integrada por madre, padre e hijo y otros parientes.⁶⁸

⁶⁵ Baquero Rojas, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁶ Machicado, Jorge, *La familia*, La Paz, Bolivia: CED, Centro de Estudios de Derecho, 2009, http://jorgemachicado.blogspot.mx/2009/02/la-familia_19.html

⁶⁷ Baquero Rojas, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁸ Rosas Torres, Damián Enrique, *Protección jurídica de la familia: Algunas consideraciones*, Estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial y de Familia, Lima, Perú, 2006, <http://www.ilustrados.com/tema/9840/Proteccion-Juridica-familia-Algunas-consideraciones.html>

La familia extensa como otros autores la llaman, comprende, la unión de todos los parientes vinculados por lazos de consanguinidad con un antepasado común, así como las uniones de hecho, con o sin hijos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos da una idea del concepto de *familia ampliada* en el siguiente extracto: "...se prevé la existencia de la familia ampliada y en ella debe comprenderse al padre, la madre, los hermanos, los abuelos, etcétera."⁶⁹

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 5° habla del concepto de la *familia ampliada* que se utiliza para el beneficio de los derechos de la niñez y que sea considerado el derecho a que la niñez tenga vínculos familiares, en particular haciendo referencia al vínculo entre hermanos:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

De este modo, se reconoce mediante la existencia de la familia ampliada, que es real el vínculo entre hermanos y el vínculo familiar, los cuales forman parte importante en el desarrollo de los individuos desde edades tempranas. Este concepto de *familia ampliada*, debe ser considerado como parte esencial del desarrollo de la niñez por los juzgadores, en el momento que se requiera hacer una interpretación del derecho de familia de la niñez.

Cabe señalar que los integrantes de este tipo de familia no siempre han estado unidos por vínculos de sangre y matrimoniales, como fue el caso de la familia romana, en la que siervos y clientes vivían bajo el mismo techo que el matrimonio y los hijos, o incluso en los casos de adopción.⁷⁰

Para Baqueiro en su obra *Derecho de Familia*, los integrantes de la familia extensa, son personas de varias generaciones que viven en un mismo hogar,

⁶⁹ Tesis: XXI.Io.C.T.1 C, 10a.

⁷⁰ Baqueiro Rojas,... *op. cit.* p. 12.

comúnmente se le conoce como *familia de tres generaciones*, donde vive el progenitor, los abuelos y los hijos; pueden ser parejas jóvenes que retardan el momento de su independencia del núcleo familiar original, ya sea por problemas económicos o comodidad y viven con sus padres o suegros, de modo que éstos conviven con sus hijos, o bien, integran miembros donde no existen lazos de parentesco.

Las posibles dificultades que pueden existir dentro de la familia extensa es la falta de espacio que tenga cada miembro de la familia, en donde se pierde la intimidad de las parejas así como el espacio de los miembros; también aparecen dificultades con la relación de abuelo o abuela con el padre o la madre por los tipos de crianza que se desea dar a los niños dentro del hogar.⁷¹

Con estas dificultades que existen dentro de la familia extensa se puede descubrir el orden de importancia que tiene una familia, deslindar barreras de la familia nuclear, diferenciar las funciones de cada integrante y organizar las funciones que debe cumplir cada integrante, se debe resaltar la importancia que tiene para un menor el convivir con sus hermanos y así se lograría cierta armonía dentro del hogar.

1.4.2 Concepto de hermano

En la presente investigación se pretende destacar cuán importante resulta para un menor la convivencia con sus relaciones familiares, debido a que las legislaciones suelen concentrarse únicamente en los vínculos de padres e hijos; pero existen otras figuras relevantes dentro de la familia, como los hermanos. La relación entre hermanos puede ser casi igual de trascendente para el desarrollo físico, mental, moral y social de la niñez que la relación con sus progenitores.

La relación con los hermanos es considerada por los expertos en psicología como la relación más prolífica y duradera de todas las relaciones sociales que pueda tener una persona. “Un hermano es aquella persona con la cual compartimos un lazo de consanguinidad en primer grado, con la cual compartimos por lo menos un padre o aquella persona que está dentro de

⁷¹ López Faugier, Irene, *La prueba científica de la filiación*, Porrúa, México, 2005, p. 60.

nuestra generación y con la cual vivimos bajo un mismo techo parte de nuestra niñez y/o adolescencia.”⁷²

Algunos autores consideran que la figura de *hermanos*, se le asigna el adjetivo *de sangre*, que son consideradas a las personas que tienen los mismos padres, o solamente el mismo padre o la misma madre. Llamados también, hermanos carnales o de doble vínculo; en el segundo caso se los denomina consanguíneos, y en el tercero, uterinos.⁷³

Otra clasificación de éste lazo consanguíneo deriva del vínculo que unía a los padres en el momento de la concepción o nacimiento de los hijos, es decir que cuando los hermanos han nacido dentro de un matrimonio legal, son llamados legítimos. Los hermanos se hallan vinculados entre sí por un parentesco civil de segundo grado, del que surge una serie de derechos y obligaciones, tales como la vocación hereditaria, a falta de herederos legítimos o disposición testamentaria excluyente, y se deben alimentos en ciertos casos especialmente previstos por la ley.⁷⁴

Esta relación familiar puede ser fuente de seguridad mutua y de afecto bidireccional, ya que suele ser la primera relación de igual a igual que un menor tiene. Los hermanos, generalmente, favorecen el desarrollo de habilidades sociales en el trato con los iguales, lo cual puede ser el trampolín perfecto para hacer futuras amistades o aprender a resolver conflictos entre amigos y compañeros. Las relaciones de hermanos brindan un espacio de adquisición, desarrollo y mantenimiento de habilidades sociales para las niñas, niños y adolescentes y se convierten en la base de las relaciones afectivas que demarcan un contexto social importante en las diversas etapas de su vida.⁷⁵

Los hermanos no sólo son las personas que tienen en común los genes, la cultura, la educación o la clase social, sino que además, son las personas con

⁷² Caraballo Alba, *La importancia de los hermanos desde la infancia a la vejez*, España, 2007, <http://www.guiainfantil.com/blog/familia/hermanos/la-importancia-de-los-hermanos-desde-la-infancia-a-la-vejez/>, Editora de GuiaInfantil.com

⁷³ Welt Chanes, Carlos, *¡Que familia! La familia en México en el siglo XXI. Encuesta nacional de familia* Universidad Autónoma de México, México, 2015, p. 146.

⁷⁴ Baquero Rojas, ... *op. cit.* p. 217.

⁷⁵ Ripoll Karen, Carillo Sonia y Castro Jhon Alexander, “Relación entre hermanos y ajuste psicológico en adolescentes: los efectos de la calidad de la relación padres-hijos”. *Avances en Psicología Latinoamericana*, Bogotá, Colombia, núm. 1, vol. 7, enero-junio, 2009, p. 126.

las que se comparten las mismas experiencias dentro de la familia y que viven los mismos acontecimientos. Cada persona es única y tiene su propia personalidad, dos hermanos criados bajo el mismo techo tienen vínculos fraternos en común, mismos que les ayudan al sano y correcto desarrollo de su personalidad.⁷⁶

Según la psicóloga infantil María del Mar García Orgaz, el hermano durante la niñez es una fuente de compañía; además, entre hermanos hay una relación de amor y amistad. Son relaciones muy intensas; la relación fraternal ofrece un apoyo único y muy especial a lo largo de la vida, por lo que muchas veces, están más cerca que los propios padres. Un hermano puede contribuir a hacer más feliz la vida de los demás, ya que proporciona valores tan importantes como compañía, cariño, entendimiento, amistad, seguridad o comprensión.⁷⁷

La relación de un menor con sus hermanos es de suma importancia cuando se lleva a cabo en la misma familia, debido a que pasan más tiempo juntos que con el resto de los miembros de la familia, influyendo fuertemente en el desarrollo de la personalidad de cada hermano, por lo que no se debería de ignorar toda esta riqueza e influencia positiva ejercida en los niños por aquellos individuos con quienes crecen y pasan sus primeros años, sus hermanos.⁷⁸

Un hermano es un miembro de la familia a la que pertenece el menor, con la interacción familiar se desarrolla no solamente el plano intelectual, sino también en el sensorial y el sentido emotivo; de esta naturaleza deriva su fundamental importancia.

La interacción con sus hermanos constituye un aspecto cordial en su vida familiar, siendo los rasgos familiares entre hermanos los que le proporcionan un carácter inclusivo, la multiplicidad de contactos que abarcan y la franqueza para expresarse.⁷⁹ Los hermanos se proporcionan unos a otros, satisfacciones emotivas, unidas a menudo a un acentuado sentimiento de seguridad que tienen derivaciones esenciales en lo tocante a la higiene mental.

⁷⁶ Baquero Rojas, ... *op. cit.* p. 18.

⁷⁷ Caraballo Alba, *op. cit.*

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ Bossard, J. H. Y Boll E. S., *Sociología del desarrollo infantil*, Aguilar, Madrid, 1969, p. 214.

Dentro de los límites protectores de la familia, los hermanos aprenden a compartir el afecto y la atención de los padres y también las cosas materiales. Al convivir con sus hermanos, los menores obtienen compañía de calidad cuando la desean, tienen alguien con quien hablar y alguien con quien discutir gustos e intereses, cosa que, si se vive en la individualidad, no puede hacerse. Se ha encontrado que las relaciones de carácter positivo entre hermanos promueven el desarrollo cognitivo y del lenguaje, así como el entendimiento de las perspectivas y emociones de los demás.⁸⁰

Es por ello que es importante resaltar la figura de los hermanos debido a que forma parte esencial del desarrollo del menor y los juzgadores no deben dejar de lado este vínculo familiar, encasillando el interés superior del menor a las relaciones de padres e hijos, sino que se deben considerar todos los ámbitos sociales del menor.

1.5 Derecho de la niñez a una familia

Tomando en cuenta que la persona, independientemente de su edad, sexo, o raza, necesita de la protección y ambiente familiar, se puede deducir que toda persona tiene derecho a formar parte de una familia y a pertenecer a ella. Motivo de esto, en el presente subcapítulo, se hará énfasis en este derecho para delimitar sus alcances de protección y así poder diferenciarlo del derecho a la familia ampliada.

Los menores son personas, sujetos de derecho y en el ámbito familiar se hacen acreedores a la seguridad de tener una familia, a la formación humana integral y protección completa, lo cual incluye la convivencia con sus hermanos. Por tanto es necesario tratar esta idea para destacar sus limitaciones en nuestro país.

Así, se debe tener en claro que para quienes son privados de la posibilidad de un ambiente familiar, el derecho familiar deberá satisfacer esta necesidad a través de la adopción y la tutela, mediante la protección que brinde

⁸⁰ Ripoll, Karen... *op. cit.*, p. 127.

el Estado, debiendo proveer y fomentar el ambiente familiar idóneo, en beneficio de la niñez para su pleno desarrollo.⁸¹

En 1959, se establece la Declaración sobre los Derechos de los Niños y en ella se decretan diez principios básicos para la protección de la niñez basados en el interés superior de la niñez, dejando en claro que el niño tendrá derecho reconocido a vivir en familia, bajo la responsabilidad de los padres y en un ambiente de afecto y así como de seguridad moral y material.

La Convención sobre los Derechos del Niño, da a la niñez el derecho a una familia; mismo que permite relacionar al niño a una historia y una cultura, pero sobre todo le ofrece un perímetro de protección contra la violación de sus derechos. Reconoce de igual forma, se encuentra el derecho de la niñez a preservar su identidad, incluido en ella el nombre, la nacionalidad y sus relaciones familiares, incluida la de sus hermanos.⁸²

Con la incorporación de México a la Convención, el Estado se comprometió a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para hacer efectivos los derechos de la niñez. Por tanto, en el marco de los compromisos asumidos internacionalmente se han realizado múltiples acciones para su protección desde la incorporación a los códigos nacionales y estatales hasta la aplicación de políticas sociales que lo permitan.

Un ejemplo de ello es el derecho a la familia, que se refiere a las normas de orden público e interés social que regulan y protegen a la familia y sus integrantes, así como su organización y desarrollo integral, sobre la base del respeto a los derechos de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana, en orden a lo establecido en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por México, aplicables a la materia.⁸³

El niño para el pleno desarrollo de su personalidad requiere de muchos elementos, entre los que destacan el amor y la comprensión. Siempre que sea

⁸¹ Chávez Ascencio, *op. cit.*, pp. 396-397.

⁸² Bonifaz Alfonso, Leticia...*op. cit.* p. 66.

⁸³ Pérez Contreras, María de Monserrat. *Derecho de familia y sucesiones*. Cultura Jurídica, México, 2010, p. 21.

posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, sin dejar de lado la vivencia cotidiana con sus hermanos bajo el mismo techo, generando así un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Queda establecida una doctrina de protección integral de los derechos de la infancia.⁸⁴

Esta nueva visión de los derechos de la niñez para tener una familia y gozar de un sano desarrollo integral, constituye un gran avance en materia de derechos humanos en general. Después de los lineamientos decretados por la Convención sobre los Derechos del Niño, las niñas y niños son considerados como seres en desarrollo que juegan un rol fundamental en la familia y en la sociedad, deben ser escuchados y tomados en cuenta; logrando así una participación de la niñez en la sociedad civil, lo que coadyuva a la construcción de políticas públicas encaminadas a salvaguardar y hacer efectivos sus derechos.⁸⁵

En el año 2000, en México, el Congreso de la Unión aprobó una adición al artículo 4° de la Constitución mexicana, con la cual se elevaron a rango constitucional los derechos de la niñez. Se trata de un acto significativo, al ser la propia Constitución, el máximo documento normativo que genera esta acción.

Actualmente, dicho artículo reconoce el deber de ascendientes, tutores y custodios de preservar el derecho a una familia y establece la obligación del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, así como otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Debido a esta reforma constitucional, se creó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual parte de que se debe proteger el ejercicio de los derechos humanos de niñez en la nación mexicana

⁸⁴ GuiaInfantil.com, *Derecho de los niños a tener una familia*, GuiaInfantil.com, España, 2007, <http://www.guiainfantil.com/fotos/galerias/derechos-nino/derecho-tener-familia/>.

⁸⁵ Hernández Abarca, Nuria Gabriela, *Los derechos de la infancia*, Cámara de Diputados, México 2009, H. Cámara de Diputados LX Legislatura, abril de 2009, <http://www.diputados.gob.mx/documentos/CEAMEG/3.%20derechos.pdf>

en donde se considera que estos ciudadanos son sujetos de derechos que deben de ser protegidos en sus necesidades por las personas responsables de ellos.

A partir de lo anterior, se desarrolla una amplia gama de posibilidades para el cumplimiento de estos derechos de la niñez para que puedan tener las condiciones necesarias para su desarrollo integral, destacando la vivencia en familia y la convivencia con los hermanos, siendo este último un tema que aún se puede ahondar más desde diferentes aristas.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE LA NIÑEZ A LA FAMILIA

SUMARIO: 2.1 *Convención sobre los Derechos del Niño*. 2.2 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 2.3 *Jurisprudencias y tesis del Poder Judicial de la Federación*. 2.4 *Ley General para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. 2.5 *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*.

2.1 *Convención sobre los Derechos del Niño*

La Convención sobre los Derechos Niño, forma parte de los instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes con nuestro organismo jurídico, que garantizan y protegen los derechos humanos en el ámbito de la niñez. El objetivo de la convención, adoptada en 1989, es proteger los derechos humanos de la niñez mundial,⁸⁶ por tanto, resulta importante para el desarrollo de la presente investigación abordar los derechos reconocido en el país, debido a que el derecho a la familia ampliada debería estar inserto en ellos.

La Convención consta de 54 artículos, que constituyen el conjunto de todos los derechos civiles y políticos de la niñez en los países que la han ratificado. De igual forma, establece las bases para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales, reflejando una nueva visión del derecho en materia infantil. Al ratificar la Convención, un gobierno indica su intención de convertir en realidad el compromiso que ella entraña en favor de la niñez, como en el caso de México.⁸⁷

La Convención es el instrumento internacional más importante de todos los aprobados en materia de derecho de la niñez que comprende, tanto el ámbito civil como el político, el social, económico y cultural, además de que señala cuestiones particulares en las que esos derechos pueden verse afectados. Por lo

⁸⁶ Humanium. *La Convención sobre los Derechos del Niño*, España, 2015, <http://www.humanium.org/es/convencion-definicion/>

⁸⁷ UNICEF. *Proteger y convertir en realidad los derechos de la infancia* México, 2007, http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protecting.htm

que, impone obligaciones y responsabilidades a terceras personas respecto de los niños.⁸⁸

Los artículos de dicha Convención han sido creados pensando en los derechos para la protección de la niñez, entre ellos: la familia, argumentando en el artículo 5°, que los estados que acepten la convención respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o tutores, así como de los miembros de la familia ampliada, favoreciendo siempre la evolución de sus facultades, dirección y orientación más apropiadas para que el niño tenga un desarrollo integral.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 8°, fracción I, determina que los estados preserven las relaciones familiares en beneficio del sano desarrollo de la niñez, y que a partir de la familia, se desarrollen y respeten sus derechos, preservando su identidad, nacionalidad y nombre, pero siempre de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

Resulta importante recordar que al firmar el gobierno de México la Convención de los Derechos del Niño se comprometió a trabajar para hacer cumplir los derechos de la niñez.⁸⁹ Además de ser meramente un catálogo de derechos para la niñez, que obliga a los Estados a proteger esos derechos, es decir, impone al Estado la obligación de tomar las medidas conducentes, tanto administrativas como legislativas, o de cualquier otra índole para que los niños disfruten de derechos.

Cuando el gobierno falla en cumplir lo que dice la Convención o alguien viola los derechos de la niñez, se debe de denunciar por medio de los sistemas que existen para ello, tales como los sistemas internacionales de denuncia de las Naciones Unidas o por medio de tribunales y cortes nacionales. Esto forma parte del derecho de la niñez a ser escuchada.

Por otro lado, resulta importante considerar que la Convención sustenta la aplicación de los derechos de la niñez en cuatro principios básicos que deben de ser atendidos tanto por el Estado, como por quienes tengan la responsabilidad

⁸⁸ Álvarez de Lara...*op. cit.* p. 3.

⁸⁹ *Idem.*

de aplicar sus normas, padres, tutores, y por quienes lleven a cabo los programas y acciones en favor de este sector de la población:

- El de no-discriminación, para orientar a quienes tienen en sus manos la atención de asuntos de discriminación.
- El interés superior de la infancia, la plena satisfacción de sus derechos, es un principio garantista que obliga a la autoridad y su utilización se debe armonizar con una concepción de derechos humanos así como las facultades que se pueden oponer a esto contra los abusos de poder.
- El de la supervivencia y el desarrollo, se conoce como la accesibilidad que un Estado tiene de garantizarle a las personas el acceso a servicios públicos y la igualdad de oportunidades para que todos los individuos puedan alcanzar su pleno desarrollo.
- Y finalmente, el principio de participación, supone como derecho esencial de la niñez el ser escuchados y respetados en los puntos de vista que expongan en todas las cuestiones que atañen a su vida, de conformidad con su edad y madurez.⁹⁰

Es así como se debe considerar a la Convención como un instrumento específico de los derechos de la niñez, debido a que este sector de la población es considerado como titular de derechos y como tal debe desempeñar un papel activo en el disfrute de los mismos; por otro lado, otorga un papel importante en la protección de derechos, a los progenitores, la familia y a la comunidad como personas encargadas de brindar la atención primaria, dentro del ámbito familiar.⁹¹

Se considera a la familia como el espacio apropiado donde el ser humano debe crecer y alcanzar su plena madurez y donde adquiere una mayor responsabilidad en el ejercicio de sus derechos.⁹² Es por ello que, al analizar

⁹⁰ *Ibidem*, p. 6.

⁹¹ Álvarez de Lara... *op. cit.* p. 6.

⁹² Esteinou, Rosario, *Algunas transformaciones de los modelos familiares urbanos, en varios autores. Memoria del taller: familias en transformación y códigos por transformar. Construyendo las propuestas políticas de mujeres para el código civil*, Yem, Grupo de Educación Popular con Mujeres, México, 1992, pp. 49-55.

este precepto jurídico, se puede resaltar que la familia es un elemento esencial para el desarrollo de la niñez y que al estar contenido este derecho en la Convención, México debe hacer lo necesario para protegerlo y garantizarlo.

2.2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La naturaleza de la protección y respeto de los derechos de la niñez es un tema de derecho público y tiene origen en nuestro país, los principios consagrados constitucionalmente, incluyen los tratados internacionales suscritos y ratificados por México. Es por ello que al hablar de la protección del derecho a la familia ampliada se requiere de una estructura legislativa e institucional pública que se ajuste a derecho; consecuentemente en este apartado se analizarán estos principios.

Partiendo de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene un apartado especial de derechos humanos, que son el conjunto de atribuciones que contienen la idea de protección de la dignidad de todas las personas y conducen a un desarrollo integral de las mismas, abarcando diversos ámbitos en los en que se relacionan, tales como el individual, el social, el político, el económico, el cultural y social.

El artículo primero constitucional resulta ser el remanente para el reconocimiento de los derechos humanos de todos los individuos, incluida la niñez, por tanto para poder partir del marco jurídico que protege a este grupo social, resulta necesario citar dicho órgano de protección:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...⁹³

A partir del reconocimiento universal de Derechos Humanos en la constitución, resulta fácil ubicar la razón por la cual la noción de los Derechos de la Niñez debe de aparecer en diversas formas dentro de la Constitución, ya que finalmente esta dará origen a todas las disposiciones que harán realidad los derechos que ahí se establezcan, así como los que forman parte de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, el artículo primero constitucional de construye los principios y los derechos básicos que den el soporte necesario para su cumplimiento; sin embargo el apartado específico de protección de los derechos de la niñez es el artículo cuarto.

Resulta necesario resaltar la característica del constitucionalismo que es poner en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, los cuales tienen como fin valorar los logros del proceso de constitucionalización positivamente y propugnan por su defensa y ampliación; por lo que, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de la niñez, es imposible una conceptualización vaga del interés superior en la Constitución.⁹⁴

Existen dos vertientes en los que la Constitución se basó para la reforma del 2011, el primero es que los derechos humanos se aplican a todas las personas, sin importar su edad; por lo tanto, la niñez tiene los mismos derechos humanos que los adultos, a pesar de que son individuos con características distintas a las de los adultos y son especialmente vulnerables, por lo que éstos necesitan derechos concretos que reconozcan sus necesidades y puedan recibir una protección específica acorde a sus necesidades.⁹⁵

⁹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º.

⁹⁴ Atienza, Manuel..., *op. cit.* p. 7.

⁹⁵ UNICEF. *Proteger y convertir en realidad los derechos de la infancia*, México, 2008, https://www.unicef.org/spanish/crc/index_protecting.html

Y la segunda vertiente es que el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos, para determinar efectos y sus responsabilidades, esto lo lleva a cabo mediante las instituciones y leyes de defensa, como la propia Constitución. Asimismo, debe sancionar a las autoridades que no respeten dichos derechos e incluso, reparar los daños que estas violaciones impliquen.

Por tanto, como primer antecedente a esto, el 10 de diciembre de 1999 se aprobó en la Cámara de Diputados una reforma al artículo 4º constitucional, relativa a los derechos de la niñez en la LVI Legislatura, misma que fue derogada en el 2001 y que crea los siguientes párrafos, respecto al derecho de la niñez a poseer una familia o formar parte de ella, planteando que:

Es obligación de los padres, del estado y de la sociedad, el preservar y proteger los derechos de los niños y niñas con la finalidad de garantizar su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad. La ley establecerá los instrumentos y apoyos para la protección de los niños y niñas y regulará las instituciones encargadas de la protección al menor. Son derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes: la protección contra toda forma de discriminación; a formar parte de una familia, a la libertad de opinión, conciencia, religión y asociación.⁹⁶

Sin embargo, a partir de la reforma del 2011, el artículo 4º de la Constitución, quedó redactado de manera más concreta y protege una gama de derechos fundados en el principio de igualdad entre las personas, el reconocimiento de derechos de la niñez y la idea de que todos los miembros de la familia tienen derechos, mismos que deben ser otorgados y protegidos por el mismo Estado.⁹⁷

Se debe considerar que el interés superior del menor, al formar parte del catálogo de derechos humanos, garantizados por la Constitución, es un derecho

⁹⁶ Sauri Suárez, Gerardo, *Las contradicciones de la reforma del artículo 4º constitucional, frente a la Convección de los Derechos de la Niñez*, México, 2000, <http://www.derechosinfancia.org.mx/Legislacion/legislacion6.htm>,

⁹⁷ Bonifaz Alfonso, ... *op. cit.* p. 39.

progresivo y está orientado a permanecer en una constante e interminable persecución de lo que sucede en la realidad social, debe ponerse a la par de la realidad social y no al revés. Por lo tanto, ha de ser considerado como un derecho poco delimitado, por lo que, al llevarse a cabo la interpretación del mismo, cada juez intenta adecuarlo a la realidad del menor, pero no se cumple con cubrir ciertas necesidades de los menores, especialmente las materiales.⁹⁸

Al cobijarse el interés superior de la niñez en la Constitución, se muestra un resultado positivo en la práctica de hacer participar al menor en las situaciones donde es incorporado por disputa de sus responsables. Necesita de protección, debe crecer en un ambiente de confianza y cuando un adulto, vulnera un niño, se provoca en la crisis en el menor, lo que genera grietas psicológicas irremediables, que se reflejan necesariamente cuando este crece y se incorpora a la sociedad como un adulto.

De igual modo, cuando se vulnera la esfera jurídica de un menor, ya que no existe una balanza que marque qué bien jurídico pesa más, o que designe qué niño sufre menos cuando existe una separación de su entorno familiar, se debe tener pleno cuidado al establecer la figura del interés superior de la niñez. Es necesario considerar esta estimación abstracta y en todos y cada uno de los ámbitos que comprenden al menor como ser humano, como un sujeto de derechos.

Para Manuel Atienza, el derecho constitucional es una realidad dinámica y que consiste no tanto o no tan sólo en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, sino que también es una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.,⁹⁹ lo que ayuda a saber que el interés superior contemplado en la Constitución, no sólo son ordenamientos jurídicos que ayuden a prever el menor daño que recibiría un menor en determinado momento, sino que se deben aplicar estos ordenamientos previendo todos los aspectos sociales, psicológicos, morales y culturales que comprenden a cada menor.

⁹⁸ Presidencia de la República. *Los derechos de los niños*, México, 2013, <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/los-derechos-de-los-ninos-14212>

⁹⁹ Atienza, Manuel..., *op. cit.* p. 18.

De esta manera en la presente sección se resaltó que la Constitución de nuestro país a la par de la Convención sobre los Derechos del Niño, establecieron derechos fundamentales para la niñez, como el derecho a una familia, una familia ampliada, lo que favorecería su supervivencia, salud mental y desarrollo integral.

2.3 Jurisprudencias y tesis del Poder Judicial de la Federación

En un Estado de Derecho como el nuestro, es tan importante el reconocimiento normativo de los derechos, así como la existencia de otros mecanismos que sean eficaces para la exigibilidad y defensa de los mismos, por tanto, en el presente apartado, se pretende hacer un pequeño recorrido por las decisiones que ha emitido el Poder Judicial de la Federación respecto del interés superior de la niñez y sus alcances.

De acuerdo con Roberto Gargarella, los derechos constituyen hoy “una condición elemental de un sistema democrático y ayudan a proteger las reglas procedimentales del mismo, asegurando las condiciones del debate público y las decisiones colectivas”,¹⁰⁰ lo que hace notar que el derecho no se debe encasillar únicamente a leyes y códigos, sino que al no existir en ellos todos los mecanismos de protección eficaces a los cuales se debe recurrir, se hace necesario someter a debate a otros organismos que sean transformadores de derecho para que se garantice dicha protección.

Por tanto, para poder garantizar la protección de derechos contenidos en la Constitución, el Poder judicial de la Federación fue facultado para emitir las interpretaciones de la ley de observancia obligatoria, que emana de sus ejecutorias y de los Tribunales de Circuito, que pueden ser confirmatorias de la ley, como supletorias e interpretativas.¹⁰¹

El papel del Poder Judicial de la Federación en la Constitución ha sido crucial para reconocer, clarificar la definición y la aplicación forzosa de los

¹⁰⁰ Gargarella, Roberto, *Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia*, SELA, Los Derechos Fundamentales, Argentina, 2001, p. 4.

¹⁰¹ Nieto Castillo, Santiago, *La constitución en la jurisprudencia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016, p. 12.

derechos humanos de la niñez, se ha ampliado el control judicial e iniciado importantes desarrollos para el avance del reconocimiento de estos derechos. Por tanto, ha emitido jurisprudencias y tesis que apoyan la protección del interés superior y del derecho a la familia ampliada.¹⁰²

Al poner la mirada en materia de defensa y promoción de los derechos de la niñez a gozar de una familia, el Poder Judicial de la Federación, brindó protección al menor, de la Quinta a la Décima Épocas, en las cuales destaca para la presente investigación una jurisprudencia a tenor de las siguientes consideraciones jurisprudenciales:

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. SU CONTENIDO Y ALCANCE. Los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la protección de la familia como derecho humano. Ahora bien...de la interpretación de este derecho deriva su contenido y alcance: a) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; ... c) el derecho de protección a la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar...d) por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica vida familiar, donde el goce mutuo de la compañía constituye un elemento fundamental de aquélla, aun cuando la relación de los padres esté rota, por lo que medidas nacionales que limiten tal goce sí conllevan una interferencia al derecho a la protección de la familia; así, una de las interferencias más graves es la que tiene como resultado la división de una familia; e) la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen como legítima la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando se asegure la igualdad de derechos, la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges y la protección necesaria de los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos...¹⁰³

¹⁰² Bonifaz, Alfonso..., *op. cit.* p. 119.

¹⁰³ Tesis 1ª. CCXXX/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, octubre de 2012, p. 1210.

Esta tesis contiene un elemento importante para la presente investigación, sobre todo por la interpretación que hace del derecho a la familia, derivado de su contenido y alcance, donde se señala que es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Además, se detalla de forma esencial la convivencia de la niñez con su entorno familiar.¹⁰⁴

Para el Poder Judicial Federal, la familia y el matrimonio no son conceptos equivalentes, lejos de ello, el matrimonio únicamente es una de las formas que existen para formar una familia y el derecho de protección a la misma implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, más no del matrimonio, ya que no por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica, necesariamente, vida familiar; porque el goce mutuo de la compañía, constituye un elemento fundamental de la familia, aun cuando la relación de los padres esté rota.¹⁰⁵

Por lo anterior, se deduce que medidas nacionales que limiten tal goce, sí conllevan una interferencia al derecho a la protección de la familia, y una de las interferencias más graves, es la que tiene como resultado la división de una familia, ejemplo de esto es la separación de los hermanos, por lo que se debería respetar del derecho de la niñez a no ser separados de sus hermanos de manera arbitraria durante los procesos de divorcio de sus padres.

La Corte ha emitido opiniones en relación a los organismos de la comunidad y especialmente con la familia o las personas adultas que determinan el trato cotidiano con la niñez y adolescencia.¹⁰⁶ Por esta razón, salta la importancia de la convivencia de que un menor esté con su familia, el Tribunal Colegiado realizó una definición amplia del derecho a la familia de la niñez, analizando que miembros forman parte de ella, llamándola familia ampliada puesto que los menores no sólo necesitan de sus padres para su correcto desarrollo:

MENORES DE EDAD. SU DERECHO A LA CONVIVENCIA CON LA FAMILIA AMPLIADA.

El derecho de convivencia...tiene como finalidad regular, promover, evaluar,

¹⁰⁴ Pérez Contreras, María de Monserrat, *Derecho de familia y sucesiones, op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 24.

¹⁰⁶ Bonifaz, Alfonso..., *op. cit.* p. 118.

preservar y, en su caso, mejorar o reencausar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona a cuyo cargo se encuentre la custodia del menor, por tratarse de un derecho humano, principalmente dirigido a éste, aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo. Por otra parte, en los artículos 5 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño se prevé la existencia de la familia ampliada y en ella debe comprenderse al padre, la madre, los hermanos, los abuelos, etcétera. Asimismo, se establece que los menores tienen derecho a tener relaciones familiares...Por tanto, cuando los parientes de los menores pretenden ejercer, a través de la vía judicial, el derecho de convivencia, el interés que debe privilegiarse es el de éstos, sobre la base de que se aseguren su desarrollo y dignidad, y esto último es lo que justifica el dictado de las medidas judiciales que correspondan para que su goce no sea ilusorio, insuficiente o ineficaz cuando se llegue a decidir la cuestión sustantiva en sentencia definitiva...En tales condiciones, queda de manifiesto que uno de los derechos de los menores, es el de tener relaciones familiares, como lo prevé el citado artículo 8. Por tal motivo, el Estado y en específico los órganos jurisdiccionales de cualquier materia, están obligados a dictar todas las medidas necesarias, a fin de garantizar el real disfrute de ese derecho, ya que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños...Ello es así, porque los sujetos titulares del derecho de convivir con los parientes no son éstos, sino las niñas y niños, porque sólo de esta manera pueden existir situaciones o circunstancias que afiancen su desarrollo, dignidad y respeto a sus derechos, de modo que se garantice un entorno de seguridad, afecto y salud que les permita realizarse como sujetos. Consecuentemente, las medidas judiciales que se dicten respecto del derecho de convivencia de los menores con su familia ampliada, deben garantizar que su goce no sea ilusorio, insuficiente o ineficaz, porque el titular de ese derecho son éstos y no los padres o sus parientes.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Tesis XXI.1°.Tribunal Colegiado, 1, (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 1, XXIII, agosto de 2013, t. 3, p. 1681.

El Poder Judicial de la Federación, es muy claro en su aporte para la presente investigación, al concretizar que en los artículos 5 y 8 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, se prevé la existencia de la familia ampliada y en ella se comprende al padre, a la madre, a los hermanos, a los abuelos, etcétera. Además, se establece que la niñez tiene derecho a tener relaciones con sus familiares.

La justiciabilidad de los derechos de la niñez resulta ser algo muy complejo por los múltiples aspectos que comprenden a la persona del menor. Por tanto, es una tarea a largo plazo la protección de todos sus derechos. Sin embargo, algunos derechos deben ser rescatados del fondo de la importancia y así ser aplicados.

El menor no sólo es titular del derecho de convivir con los parientes y familiares adultos, sino que también lo es para convivir con sus hermanos, porque sólo de esta manera pueden existir las condiciones que afiancen su desarrollo, dignidad y sobre todo el respeto a sus derechos, de modo que se garantice un entorno de seguridad, afecto y salud, que le permita realizarse como sujeto, por eso se desprende que un menor no debe ser separado de sus hermanos.

2.4 Ley General para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Por su parte, la Ley General para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, señala entre otros derechos de la niñez, el derecho a la vida, y de manera primordial, el derecho de identidad; el derecho a vivir en familia y a la no discriminación; el derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, entre otros derechos adicionales.

Esta ley fue promulgada por el presidente Enrique Peña Nieto el pasado 3 de diciembre de 2014, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4, entrando en vigor el día 5 del mismo mes.¹⁰⁸ Tiene como bondades, la creación

¹⁰⁸ Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, diciembre de 2014.

de la Procuraduría Federal de la Protección, para que la niñez puedan hacer denuncias por agresiones o vulneraciones a sus derechos e incluye también el Sistema Nacional de Protección a los Derechos de niñas, niños y adolescentes, con el objetivo de dar seguimiento a las políticas en la materia y fomentar la colaboración entre distintos órdenes de gobierno.

La Ley General para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4°, de la Constitución mexicana y contiene disposiciones de orden público, teniendo por objeto garantizar el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución a la niñez, por lo que se prevé la elaboración de un Programa Nacional de Protección a Niñas, Niños y Adolescentes que establezca líneas de acción para garantizar el bienestar de la misma.

En el Capítulo IV de dicha ley, se establece el derecho de la niñez a vivir en familia y asienta que no habrá motivos suficientes para separar a un menor de su familia de origen o de los familiares con los que conviva, ni causa para la pérdida de la patria potestad, a menos que el menor se encuentre en grave peligro.

Se garantiza que un menor no podrán ser separado de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y en términos de las disposiciones aplicables, de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas.

Como tema de suma relevancia, en la Ley General para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 22°, destaca que las autoridades de las entidades federativas, municipales y demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la

separación de un menor de quienes ejerzan la patria potestad, tutela, guarda y custodia en la búsqueda de un desarrollo pleno e integral de la niñez.

Así, un menor cuya familia esté separada, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, de acuerdo con los estatutos de la Ley General para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

En sintonía con la Ley General para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), y las entidades estatales y municipales, deberán otorgar medidas especiales de protección de la niñez que haya sido separada de su familia de origen por resolución judicial. Las autoridades competentes garantizarán que reciban los cuidados que se requieran por su situación de desamparo familiar, de conformidad con la legislación civil aplicable, procurando que:

- I. Sean ubicados con su familia extensa o ampliada para su cuidado, siempre que ello sea posible y no sea contrario a su interés superior.
- II. Sean recibidos por una familia de acogida como medida de protección, de carácter temporal, en los casos en los cuales ni los progenitores, ni la familia extensa de niñas, niños y adolescentes pudieran hacerse cargo.
- III. En el Sistema Nacional DIF, así como los Sistemas de las Entidades y Sistemas Municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán registrar, capacitar, evaluar y certificar a las familias que resulten idóneas, considerando los requisitos señalados para el acogimiento pre-adoptivo.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Artículo 26 de la Ley General de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, *op. cit.*

Es claro que la presente ley, tiene como finalidad garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos, en especial el derecho a una familia de la niñez conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte.

Sin embargo, cuenta con una protección de derechos de la niñez pero en un sentido muy ligero de protección, debido a que, aunque sí contempla que los menores deben tener una familia, no se contempla el derecho a la familia ampliada; mucho se ha escrito en relación a la naturaleza jurídica del interés superior de la niñez, pero se deben de contemplar dentro de esta Ley que se reconozca a los menores como un ser humano con derechos propios, que deben ser protegidos y que a falta de discreción y facultad de los adultos para protegerlos, el Estado, mediante su función judicial, debe de delimitar la forma en que deben ser protegido plenamente un menor, con la aplicación de la misma Ley.

2.5 Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes

Resulta notable hacer una acotación al Protocolo de actuación emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con respecto al tema de esta investigación puesto que han sido múltiples los instrumentos internacionales de derechos humanos, que ha firmado el Estado Mexicano, referidos a los derechos de la niñez.

Se enlista un catálogo de derechos que implica una serie de obligaciones para el Estado, concretamente las de respetar, adoptar medidas para su cumplimiento y garantizar los derechos reconocidos en dichos instrumentos.¹¹⁰ Como se ha mencionado anteriormente, una parte de los derechos de la infancia está vinculada con el acceso a la justicia, lo que implica que los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación y en concreto las personas que

¹¹⁰ Dulizky, A., *Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos*. En Rodríguez Pinzón, Mart, D., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Fontamara-Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 79-118.

tienen a su cargo impartir justicia, son quienes están encargados de garantizar el respeto de dichos derechos.

Por ende, en febrero del 2012, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presentó el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a la niñez, documento que a la fecha es reeditado. Dicha publicación recoge los estándares que el derecho internacional, en materia de derechos humanos, ha desarrollado sobre los derechos del menor e incluye apartados específicos, como el derecho a que goce de un ambiente familiar propicio para su desarrollo integral, permitiendo la aplicación de principios y consideraciones generales que deben tenerse en cuenta.

El documento reconoce que al menor como un ente particular, demanda la adecuación de éste a sus necesidades mediante el desarrollo de acciones especiales para lograr que el menor comprenda el escenario en que participa, que pueda expresarse libremente y que quienes imparten justicia puedan comprender la expresión infantil.¹¹¹

Cuando un menor participa en un procedimiento judicial, las diferencias estructurales se hacen evidentes, ya que se encuentran en un mundo sumamente *adultocentrista* y por ende, los operadores judiciales, suelen ser ajenos al lenguaje infantil. El lenguaje utilizado en los tribunales, no sólo es de personas adultas, sino además particularmente complejo. Los espacios no sólo son institucionales y ajenos a la experiencia de la niñez, sino también intimidantes por estar asociados con la justicia.¹¹²

Tiene fundamento legal la reforma al artículo 4º, donde se incluye de manera explícita en la Constitución el principio del interés superior la niñez como marco de actuación de los distintos órganos del Estado y niveles de gobierno, además de ser el fundamento que deberá guiar en el impulso de políticas públicas para la infancia.

Por añadidura, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en tesis que el interés superior de la niñez es un principio

¹¹¹ Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012, p. 4.

¹¹² *Idem.*

de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de las personas menores de 18 años previstos en el artículo 4º Constitucional, puesto que en el dictamen de la reforma constitucional que dio lugar al actual texto del citado artículo. En este protocolo se reconoce expresamente que uno de los objetivos del órgano reformador de la Constitución era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país en materia de protección de la niñez.¹¹³

El presente protocolo menciona que el derecho familiar de los menores, está obligado a garantizar la restitución integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, al punto de atender cualquier afección emocional, incluyendo la violencia de género, para preservar su desarrollo integral.¹¹⁴

Además, señala que, en materia del derecho familiar de los menores, se debe garantizar una amplia restitución del mismo, a diferencia de otras ramas del ámbito judicial, de modo que el juzgador puede y debe atender las diversas afectaciones que se conocen en las niñas, niños y adolescentes, equilibrando elementos como la imposición de obligaciones a padres y madres en la línea de servicios públicos que pueden requerir la presencia de los menores.

De tal suerte, el derecho familiar logra restituir integralmente los derechos de la niñez al armonizar la protección, evitando la menor separación de la familia y la participación de la persona menor de 18 años en los juicios con un carácter de obligatoriedad. Asimismo, establece la convivencia supervisada, como recurso indispensable para la armonización de los derechos de protección y de separación de un menor de su familia.¹¹⁵

El protocolo en mención, pone de manifiesto algunas reglas de actuación para quienes imparten justicia, en casos de la niñez:

- I. La convivencia supervisada como medida de protección provisional debe considerarse como un elemento que permite salvaguardar la integridad física y psicológica de la persona menor de edad en casos de

¹¹³ Protocolo de Actuación..., *op. cit.* p. 9.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Idem.*

riesgo fundado, en equilibrio con el derecho a la menor separación de la familia.

- II. En los casos en donde en la entidad correspondiente no cuente con centros de convivencia o bien con centros gubernamentales que puedan prestar dicho servicio, el Juez debe pedir el apoyo a trabajadores sociales o psicólogos para que ellos sean quienes supervisen la visita en el lugar en el que determine que se lleve la misma.
- III. En todo caso en que se mandate convivencia supervisada, será indispensable garantizar que el niño, niña o adolescente reciba una explicación adecuada de la medida y su propósito precautorio a fin de evitar que se interprete la misma como castigo para sí o para el adulto.
- IV. Sólo en caso de que el objeto de la medida de protección sea de sospechas de abuso sexual o cualquier otra agresión de naturaleza análoga es que se debe de evitar de manera provisional cualquier tipo de contacto.¹¹⁶

Debido a que la impartición de justicia en materia de familia se encuentra a cargo de los tribunales de justicia familiar del Estado, en su diario actuar la Convención de los Derechos del Niño suscrita por nuestro país, ha permitido también una gran labor legislativa para éstos, es decir, tanto en la materia federal, como en la materia local se ha legislado ese punto tan delicado y olvidado, que eran los derechos de la niñez.

Por lo que, este protocolo, tiene como base la teoría de la protección integral que concibe a las niñas y niños desde tres importantes vertientes:

- El interés superior de la niñez.
- La niñez como sujeto de derecho.
- El ejercicio de los derechos fundamentales de la niñez, por encima de cualquier otro interés, incluyendo el de sus padres.¹¹⁷

Sin embargo, en la *praxis* judicial, existen factores que en ocasiones impiden que se satisfaga esta situación de protección, pues a veces el gran cúmulo de trabajo existente en el tribunal, rebasa la actividad del juzgador

¹¹⁶ Protocolo de Actuación..., *op. cit.* p. 10.

¹¹⁷ *Idem.*

familiar. Si bien es cierto que los jueces están obligados a detenerse brevemente en cuáles son esas características de la niñez que tienen claras implicaciones en cualquier proceso judicial y en virtud de las cuáles se hace necesaria la adecuación de diversos aspectos del procedimiento judicial con la finalidad de que su participación durante el mismo sea la idónea, el cúmulo de trabajo en ocasiones los rebasa.

Para esta investigación resulta importante destacar que el Protocolo contempla la integralidad de las resoluciones judiciales, mencionando que es necesario incorporar en toda resolución judicial de naturaleza familiar, el ordenamiento necesario para la protección y restitución de la esfera íntegra de los derechos de la niñez, debiendo considerar lo siguiente:

- I. Analizar la afectación integral de derechos y determinar las necesidades para su protección y restitución.
- II. Realizar un plan de restitución de derechos y ordenar los servicios necesarios para lograrlo. A su vez deberá ordenarse obligaciones indispensables a ser cumplidas por quienes queden al cuidado del niño, niña o adolescente a fin de garantizar que se ejerza la adecuada representación y ayuda al niño para dar cumplimiento al plan de restitución.
- III. Ordenar la intervención familiar necesaria para obtener un equilibrio entre la protección del niño y la menor separación de la familia. A tal efecto la intervención familiar ordenada deberá agotar de manera sucesiva la coadyuvancia, la suplencia y en última instancia la sustitución.
- IV. Designar medios y temporalidad para la valoración necesaria a fin de garantizar el cumplimiento del plan de restitución y de la correcta intervención familiar.¹¹⁸

Dichos medios deben permitir que exista el pronto conocimiento por parte del juzgador de cualquier incumplimiento, insuficiencia o anomalías de lo que se ha ordenado en el juicio, a fin de intervenir inmediatamente para la protección de los derechos de la niñez.

¹¹⁸ Protocolo de Actuación... *op. cit.* p. 10.

Por consiguiente, cabe añadir que los propósitos básicos de este ordenamiento son: la aplicación de los principios y prácticas que se sugieren en el Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en casos que Afecten a Niñas, Niños y Adolescentes, supone sin lugar a dudas una adecuación no menor de los procedimientos que involucra cualquier proceso judicial.

Se necesitan adaptaciones en la forma en que se llevan a cabo las diligencias, en la toma del testimonio, en los lugares donde debe comparecer, en la temporalidad y duración de la participación, en las medidas de asistencia que deben ser tomadas, en la información que es relevante brindar, en la realización de las periciales, entre otras cuestiones.¹¹⁹

Se pretende que procedimientos diseñados para adultos sean los mismos que se siguen cuando la niñez es parte de dichas prácticas y diligencias que involucran los procesos judiciales no sean las idóneas desde el punto de vista de las características de este grupo de la población; sin embargo, la adaptación de los procedimientos judiciales conducirá a que la participación de la niñez en ese espacio sea la idónea, para ellos, ya que se toman medidas para que no representen experiencias traumáticas.

El fundamento del Protocolo no es otro que el garantizar la vigencia de los derechos humanos de la niñez, en concreto su derecho de acceso a la justicia, con las derivaciones que éste involucra. Lo que resulta ser un ordenamiento jurídico fundamental para nuestro tema de investigación puesto que fue creado especialmente para este sector de la población.

2.6 Código Familiar del Estado de Michoacán

Toda vez que en nuestro país aún no contamos con un Código Familiar Federal que regule y proteja los derechos de la niñez en general, resulta necesario abordar el Código Familiar pero como corresponde a cada entidad del país regirse bajo su propio código, en la presente investigación por el lugar en el que surge, el concerniente estado de Michoacán como ejemplo de otro organismo de protección.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 68.

El Código Familiar del Estado de Michoacán, tiene su última reforma en el año de 2015, se divide en dos libros; el primero se refiere específicamente al Derecho Familiar y el segundo al Procedimiento Familiar que protege a la niñez y está referido a las cuestiones de familia, las relaciones entre los miembros de que la conforman, entre otros tópicos relativos a la misma materia.

En dicho Código encontramos en el artículo primero una definición de familia que se aplica para la entidad, diciendo que la familia “es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco por consanguinidad, adopción o afinidad.

Respecto de la protección de la niñez, cobija en el artículo quinto que el fin del Código es proteger la organización de la familia y el desarrollo integral de sus miembros, incluyendo al menor. Además estipula que es deber de los padres preservar el derecho a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, dejando en claro que la determinación de los apoyos para la protección de los menores o incapacitados estará a cargo de las instituciones públicas conforme a lo descrito.

Específicamente, el Código no menciona algún lineamiento que comine a los jueces a procurar no separar a los hermanos cuando pasan por el proceso de divorcio de sus padres; así como tampoco otorga demasiados derechos a la niñez pero porque los niños son parte de una familia establece que se reconoce a la familia como la base en la integración de la sociedad y del Estado. Éste, garantizará y protegerá la constitución, organización y el funcionamiento armónico de la familia como el mejor medio para lograr el orden y la paz sociales, en los artículos tercero y cuarto.

Así pues, las disposiciones de este Código tienen como fin proteger la organización de la familia y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a la dignidad. Para el mismo, las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia; estas relaciones jurídicas familiares generadoras de

deberes, derechos y obligaciones, surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.¹²⁰

Por otro lado, contempla que lo que compete a los derechos en general de la niñez, asienta que en todas las medidas concernientes a que los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los jueces, las autoridades administrativas o el órgano legislativo, tomarán una consideración primordial que será el interés superior de la niñez, en un sentido muy ambiguo, amplio y complejo, obligando a las autoridades del mismo a hacer que se protejan los derechos de la niñez.¹²¹

Con relación al tema principal de esta investigación, la presente legislación contempla el derecho de convivencia de la niñez para los que ejercen la patria potestad, señalando que aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes. Este derecho de convivencia, también comprende a los ascendientes y colaterales en primer grado, respectivamente. En ambos supuestos, salvo que exista riesgo para el menor de edad, pero no es específicamente el derecho a la no separación de los hermanos miembros de una familia.¹²²

Así se deja en claro que se otorga un derecho al menor y estipula que no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre éste y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de Primera Instancia resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Finalmente resulta necesario considerar que el término del interés superior de la niñez establecido en éste Código, es un derecho de protección integral para la niñez de Michoacán, que conlleva a que antes de establecer una decisión respecto de ellos y su bienestar por parte de las autoridades, se adopten sólo aquellas medidas que promuevan y protejan íntegramente sus derechos.

¹²⁰ Código Familiar del Estado de Michoacán vigente.

¹²¹ Artículo 11 del Código Familiar del Estado de Michoacán vigente.

¹²² *Ibidem*, artículo 428°, párrafo I.

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO A LA FAMILIA AMPLIADA DEL MENOR Y SU PROTECCIÓN EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO

SUMARIO: 3.1 El papel del menor en los procesos de divorcio. 3.2 Derecho del menor a no ser separado de sus hermanos. 3.3 Medios que garantizan la protección de los derechos de la niñez en los procesos de divorcio. 3.4 Actuación de los operadores jurídicos respecto de la protección del interés superior de niñez durante un divorcio. 3.5 La ponderación del derecho de la niñez a la familia ampliada desde de la óptica de los juzgadores.

3.1 El papel del menor en los procesos de divorcio

Resulta necesario hacer unas breves anotaciones respecto a la figura del divorcio en la presente investigación, debido a que es la figura jurídica de donde se puede generar una nula consideración del derecho a la familia ampliada del menor, por tanto se desarrollará un poco este concepto. Por lo tanto, a partir de esta figura, se analizará cuál es el rol que tiene un menor en los tribunales al momento del divorcio de sus padres para así poder discernir que tanto se garantiza su derecho a la familia ampliada.

La palabra *divorcio* significa disolver, separar, apartar a las personas que vivían en una estrecha relación; según Guillermo Cabanellas, divorcio significa “separarse, irse cada uno por su lado. Se define como la ruptura de un matrimonio valido viviendo ambos esposos”.¹²³ El divorcio existe cuando los cónyuges deciden terminar con el vínculo matrimonial que los une y una vez disuelto les permite volver a contraer nupcias.¹²⁴

De acuerdo al Código Civil Federal, se menciona que la disolución del vínculo matrimonial, puede tener varias causales para la disolución del vínculo matrimonial: *divorcio administrativo, divorcio voluntario y divorcio necesario,*

¹²³ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Editorial Heliasta S L R. 18º edición, 2008, p. 134.

¹²⁴ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Nuestros derechos. Derechos de los padres y de los hijos*, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, México, UNAM, 2000, pp. 78-80.

siendo estos normalmente la tipología de divorcios que se llevan en los juzgados familiares.¹²⁵

El divorcio necesario o donde se ve involucrado un menor, es hoy en día, una figura contenciosa, ya que por lo regular, es motivo de disputa entre ambas partes en conflicto. Por lo regular existe desacuerdo de las partes en lo que respecta a los bienes e intereses particulares de los implicados, entre ellos los hijos. Por otra parte, cuando se implica a un menor implica en este tipo de divorcio su guarda y custodia es su principal disputa.¹²⁶

De acuerdo con la trabajadora social Noemí Fernández, los padres en los procesos de divorcio, únicamente se preocupan principalmente por sus propios problemas, pero a la vez son conscientes de que son las personas más importantes en la vida de sus hijos. Los adultos, pueden sentirse desconsolados o contentos por su separación o divorcio, pero invariablemente los hijos se sienten asustados y confundidos por la amenaza que ello supone en su seguridad personal. Por otro lado, algunos padres se sienten tan heridos y abrumados por su separación o divorcio que buscan la ayuda y el consuelo de sus hijos, y es aquí cuando surge el problema.¹²⁷

Es lógico pensar que el menor no pueden entender el proceso de separación o divorcio, por sí solo, por tanto de acuerdo con estudios psicológicos, los padres deben explicarle lo que está pasando, para transmitirle seguridad ya que, alguno de los menores puede creer que es la causa del conflicto entre sus padres y es aquí donde los operadores jurídicos deben ayudarle a pasar por estos momentos.¹²⁸ Resulta importante destacar, que los padres deberían comprender que los hijos no se divorcian, sino que ellos son espectadores de las nuevas condiciones familiares por las que se está atravesando.

Durante un divorcio de acuerdo con el Protocolo de actuación mencionado anteriormente, deben existir algunas previsiones generales de aplicación general

¹²⁵ Código Civil Federal Vigente.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ Fernández Baz Noemí, “Los menores en los procesos de separación y divorcio”, *Miscelánea Comillas*, vol. 70, núm. 137, México, 2012, p. 535.

¹²⁸ *Idem.*

para toda ocasión en la que algún menor participe en un procedimiento judicial, es decir, acciones que no corresponden a un momento procedimental específico o a algún tipo particular de diligencia, sino que deben aplicarse en todo supuesto en el que se participe dentro del proceso judicial.¹²⁹ Entre otras cosas se destacan las siguientes:

- Ser informado e informada. Las niñas, niños y adolescentes, sus padres, madres, tutores, tutoras o sus representantes legales, en la medida de lo posible y apropiado, deberán ser informados en un lenguaje asequible a ellos y con prontitud de los derechos que pueden tener durante este momento.
- Asistencia a la persona menor de 18 años. Durante el proceso de impartición de justicia en el que esté involucrado el menor, debe brindársele asistencia cuando así lo requiera, a fin de evitar, prevenir o mitigar las consecuencias del proceso en la medida de lo posible, y favorecer el desarrollo armonioso del niño, niña o adolescente.
- Fiabilidad de la declaración del niño, niña o adolescente. Se considerará que todo niño, niña o adolescente es un testigo capaz, lo que conlleva a que su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad sólo en razón de su edad, siempre que por su edad y madurez pueda prestar testimonio de forma inteligible.
- Prueba de capacidad. La prueba de capacidad tiene por objeto determinar si el niño, niña o adolescente, a partir de su edad y de su propio grado de desarrollo y madurez, puede comprender las preguntas que se le formulen en un lenguaje comprensible para el mismo. Una consideración relevante al respecto es que la edad del niño, niña o adolescente no constituye, por sí sola, una razón que deba conducir a solicitar una prueba de capacidad.
- Sobre el testimonio de la niña, el niño o el adolescente. Tanto en documentos internacionales como los órganos que trabajan a favor de la infancia, han puesto énfasis en la relevancia del testimonio de la persona menor de edad cuando está vinculado con un proceso de justicia. Se deben garantizar medidas para facilitar el testimonio,

¹²⁹ Protocolo de actuación..., *op. cit.*, p. 30.

quienes imparten justicia deberán adoptar y aplicar medidas para que a las niñas y los niños les resulte más fácil participar en el juicio.

- Y medidas de protección. De estimarse que la seguridad del niño, niña o adolescente está en riesgo, quienes integran la Magistratura a Judicatura deberán disponer lo necesario con el fin de adoptar medidas para su protección.¹³⁰

Éstas y otras tantas más, son las medidas básicas de protección de derechos a que está sujeto un menor al ser parte de un procedimiento jurídico en los tribunales. Si bien es cierto, se le da un trato especial, también es cierto que estas consideraciones quedan limitadas de acuerdo a la capacidad y a la vulnerabilidad que tiene un menor. En la medida de lo posible, la disposición de un tribunal en nuestro país, debe permitir que el menor pueda estar cerca de alguna persona de apoyo, además de un abogado durante todo el procedimiento.

Procedimentalmente, cuando surge un divorcio donde se ve involucrada la niñez, el derecho del menor comienza a velarse al momento de la presentación y contestación de la demanda ante el juzgado competente, inmediatamente se decreta fecha para la audiencia preliminar, donde se expondrán los motivos del divorcio por parte de ambos progenitores y cuando no hubiere un acuerdo de custodia, la autoridad decretará una custodia provisional y la modalidad de ésta, para que el menor pueda permanecer con uno u otro de sus padres y sus hermanos, si los hubiere, considerando siempre el interés superior de la niñez, con una vigencia proporcional a la duración del proceso.¹³¹

Para ello, el Protocolo de actuación facilita las relaciones entre los hijos e hijas menores de edad con el progenitor no custodio en los centros de convivencia de los juzgados. Estos centros, son el lugar dónde se lleva a cabo el régimen de visitas establecido en sentencia, se atiende a todas aquellas familias que en su proceso de ruptura necesitan apoyo técnico que facilite las relaciones

¹³⁰ Protocolo de actuación,...*op. cit.*, pp. 31-45.

¹³¹ Álvarez de Lara, Rosa María, Coord. *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, T. 1, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2006, pp. 186-228.

entre los menores y otros familiares con los que no conviven habitualmente, facilitando así el encuentro del menor con ambos progenitores cuando las relaciones entre éstos son conflictivas.¹³²

Desde el centro de convivencia, se pretende preparar y asesorar a los padres para que establezcan entre ellos una relación cordial que permita desarrollar dicho encuentro sin conflictividad en los hogares familiares. Por ello, después de un periodo de seguimiento, se emiten informes al Juzgado correspondiente sobre la evolución de la relación entre cada progenitor y el menor, aconsejando el cese del caso en el servicio cuando se considera que los progenitores pueden mantener una relación con sus descendientes, en forma adecuada y con plena autonomía, siendo éste uno de los objetivos del centro y otra arista de participación del menor en los procesos de divorcio.¹³³

Otro aspecto de participación de la niñez, es el que compete a su propia custodia y en el cual se les hace partícipes de opiniones, cuando están en condiciones de emitidas, para ser consideradas por el juez. Un ejemplo de ello es el Estado de Michoacán, donde en el Código Familiar se estipula que la determinación que asuma el juez deberá atender al interés superior de la niñez, y en la medida en que éste se encuentre en condiciones de otorgarla, escuchará la opinión del menor; la que de ninguna manera determinará la decisión del juez, pero si le arroja elementos de discernimiento y valoración más objetiva a su decisión sobre el bienestar del menor.

Así, según el Código, el juez procurará que los menores de catorce años queden al cuidado de la madre y resolverá, teniendo en cuenta el interés superior de la niñez, sobre las modalidades del derecho de convivencia con sus progenitores, como se estipula en los artículos 842 y 843, con la pretensión de proteger al menor para que durante el divorcio de sus padres no quede desamparado. Pero sorprende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, otorga el mismo derecho a ambos progenitores, estableciendo una dinámica de

¹³² Fernández Baz...*op. cit.*, p. 536.

¹³³ *Ibidem*, p. 538.

igualdad y en una auténtica búsqueda de la preservación del interés superior de la niñez, ya que no siempre la madre es la mejor opción.¹³⁴

En los casos en que un menor sea utilizado para rendir su testimonio durante el divorcio de sus padres o casos como el de guarda y custodia, la opinión del menor resulta fundamental, no sólo porque el menor tiene derecho a ser escuchado en todo proceso que se le involucre, sino también porque puede aportar información relevante para el caso (como el ambiente cotidiano en que se desenvuelve, la descripción de la relación con cada uno de sus padres, su opinión sobre la calidad de vida de sus progenitores y algunos otros elementos como la presencia de violencia *intra* familiar).¹³⁵

Por lo anterior, se ha generado la figura de la *prueba testimonial a cargo de menores*. El Código Familiar del estado de Michoacán, en los artículos 878-880, señala que cuando es requerido el testimonio de un menor, siempre que éste se encuentre en condiciones de rendirlo, en modo alguno se le someterá a interrogatorio verbal y directo; así, el juez en diligencia, sin mayor formalidad, escuchará al menor, en compañía del Ministerio Público y en caso necesario, del tutor designado. Pero si el juez lo considera conveniente, escuchará al menor sin la presencia de sus ascendientes o de los asesores o abogados de éstos.

En dicha diligencia, el juez procurará que, en un ambiente de confianza y tranquilidad, el menor exponga lo conducente en torno a la controversia de la que se trate el juicio; debiendo asentarse en el acta respectiva, los aspectos relevantes de sus manifestaciones. Para estos casos el estado de Michoacán otorga inmediatamente al menor o los menores un tutor provisional o un mentor quien represente a los menores durante todo el proceso y ninguna opinión del menor podrá realizarse sin la presencia del mismo.

Otra protección que otorga el presente Código Familiar antes citado, a los menores durante el divorcio de sus progenitores, sucede cuando la controversia verse sobre derechos de menores, a prudente arbitrio del juez, éste podrá pronunciarse sobre aspectos que no sean materia del litigio, pero relacionados

¹³⁴ Amparo en revisión 2159/2012[3].

¹³⁵ Protocolo de Actuación,...*op. cit.*, p. 25.

con éste, siempre que impliquen un beneficio a favor de los menores fundamentando y motivando adecuadamente sus determinaciones (artículo 892°).

Revisando estos aspectos jurídicos relacionados con los menores, resulta necesario concebir el divorcio como un proceso que transcurre en diferentes aspectos de los seres humanos relacionados entre sí, en los seres humanos que forman una familia; el divorcio se ubica temporalmente, y contextualizable en función de las múltiples cuestiones que deben resolverse en cada uno de los estadios mentales y morales del ser humano.

Algunos autores como Paul Bohannan y Anthony Giddens, en su libro *Divorcio y Después*, aseguran que existen hasta seis etapas que sufre el ser humano en los procesos de divorcio: emocional, legal, económico, coparental, social y psíquico.¹³⁶ Todos ellos tienen que ser abordados por los Derechos Humanos, y en todos puede surgir el conflicto cuando no se obtienen los resultados deseados. Estas consecuencias pueden ir expresándose alternativamente en cada momento del proceso y es posible que alguno de ellos adquiera una especial preponderancia conflictiva sobre los demás, impidiendo la resolución de los otros y provocando que el tiempo de elaboración de la ruptura se alargue más de lo debido.

Si bien los menores tienen una participación mínima dentro de estos procesos de divorcio de los padres, es cierto que son múltiples los factores que se ven afectados cuando no les son cubiertos la protección de sus derechos humanos en amplitud. Aunque el protocolo de actuaciones en general establezca una participación más activa de los menores en el procesos de divorcio de sus padres, no se debe menoscabar, la aportación de información respecto de la situación familiar que viven, ya que puede influir y modificar la decisión del juez otorgando elementos de valoración más objetiva para la protección de sus derechos y en particular al derecho a la convivencia con sus hermanos.

¹³⁶ Bohannan Paul y Bernard Jessie, *Divorce and after*, Doubleday Garden City, New. York, 1970, pp. 284-289.

3.2 Derecho del menor a no ser separado de sus hermanos

En el presente apartado se abordan los precedentes del derecho que tiene un menor para que se considere que puede no ser separado de sus hermanos. Considérese que el menor es un ser social por naturaleza, su condición humana está marcada por la vulnerabilidad y la fragilidad,¹³⁷ situación que hace que los menores estén vinculados con otras personas en razón de dicha sociabilidad entendida ésta como la capacidad para coexistir con sus semejantes.¹³⁸ Los menores tienen derecho a la familia ya que es un fenómeno propio de la naturaleza, y al pertenecer a una se pretende que cumpla con la función de satisfacer sus necesidades vitales.¹³⁹

Resulta necesario partir de la idea del principio de protección integral de derechos, el cual refiere que la protección de los derechos de la niñez debe abarcar a todos los ámbitos de la vida de un menor y que debe estar previsto de manera global todo el marco jurídico que proteja estos derechos.¹⁴⁰ El derecho de un menor a no ser separado de sus hermanos se debe considerar como un derecho puesto que un hermano es parte de su familia; por tanto a lo largo de este apartado se enunciarán los fundamentos necesarios para hacer valer dicho derecho.

Como se mencionó antes, un ordenamiento internacional que protege estos derechos es la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que da a todo niño el derecho a una familia, lo que le permite relacionarse con a una historia y sobre todo le ofrece un perímetro de protección contra la violación de sus derechos. Los niños alejados de su familia se convierten en víctimas fáciles de la violencia, la explotación, la trata, la discriminación u otro tipo de maltratos.

¹³⁷ Aranguren Gonzálo, Luis, *Solidaridad: la nueva ternura. Claves y propuestas educativas*, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 2006, p. 36.

¹³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Ministro Francisco H. Ruiz*, SCJN, Serie Semblanzas, núm.3, México, 2003, p. 21.

¹³⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, Porrúa, México, 2008, p. 3.

¹⁴⁰ Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz, *Los derechos de la infancia*, Porrúa, México, 2017, p. 20.

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la decisión Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, respecto a la relación de hermanos y el derecho de familia del menor establece que “el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia”.¹⁴¹ Lo que enfatiza la idea de que la familia de un menor no es únicamente sus padres, sino que el vínculo fraterno que existe sus hermanos también forma parte de su familia. Así mismo, citando una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos, sostiene que el concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” en su párrafo 69.

La Corte Interamericana además estima que el concepto de *familiares* debe entenderse en sentido amplio, de modo que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.¹⁴² De modo más específico, la Corte Interamericana, ha tomado otra decisión, ha constatado que:

...en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común.¹⁴³

Resulta necesario considerar que la imagen propia de una persona se determina en buena medida por el derecho a tener una identidad, una nacionalidad y una filiación, entendido esto como pertenecer a una familia.¹⁴⁴ De la determinación de la identidad se desprenden a su vez, diversos derechos del menor que involucran el reconocimiento del origen biológico del menor que

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17.

¹⁴² *Ibidem*, párrafo 70.

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ Azzolini Bincaz..., *op., cit.*, p.26

abarca el compromiso del Estado tendiente a garantizar a los niños la preservación de los vínculos familiares, incluido la relación con sus hermanos.

A su vez, la Corte es específica al rechazar una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia y que puede ser diverso del modelo de la *familia tradicional*.¹⁴⁵

Por su parte el Comité de los Derechos del Niño, en el comentario General número 7, habla de la realización de los derechos del niño en la primera infancia, indica que “reconoce que familia se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño”.¹⁴⁶ Es por ello que la relación de hermanos y su derecho a no ser separados cobra importancia para el menor que cuenta con éste vínculo familiar.

El Comité observa que en la práctica y la actualidad los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, el modelo de familia y las relaciones entre sus miembros, así las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños.¹⁴⁷

La Corte y la Comisión, respectivamente, se han pronunciado en diversas decisiones sobre el derecho a la protección a la familia, en donde se puede considerar el derecho del menor a la no separación de hermanos, reconocido en el artículo 17.1 de la CADH, en relación con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fijar los contenidos y alcances del derecho de familia:

¹⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239, párrafos. 142 y 145.

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General no. 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, pár. 15 y 19.

¹⁴⁷ *Idem*.

...la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños (...). Y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar...[el] reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional...¹⁴⁸

Otro precedente del derecho de los menores a no ser separados de sus hermanos es lo establecido por la propia Convención: El derecho a la familia ampliada. Es un grupo difuso que comprende además de la pareja, a sus hijos y a los demás parientes consanguíneos en línea recta o colateral y los afines.¹⁴⁹ Estos son los dos principales grupos familiares de los menores, reconocidos en las legislaciones en el país; sin embargo se debe considerar que existen otras manifestaciones de familia que no necesariamente debe ser la de padres e hijos.

Domínguez Martínez José Alfredo, refiere que existen dos supuestos clásicos y naturales de la manifestación del parentesco por consanguinidad: línea recta y la línea transversal o colateral. Para el tema de investigación se hace énfasis en el parentesco por consanguinidad en línea colateral, que se trata de personas que pertenecen a una misma generación, como sería el caso de los hermanos o primos, los cuales tienen diversos efectos jurídicos, que se derivan de dicho parentesco, tanto en el derecho civil, como en diversas regulaciones, siendo diferentes con relación a la clase y al grado de que se trate.¹⁵⁰

En el caso del parentesco consanguíneo, las consecuencias jurídicas originadas por el parentesco, por lo general, son ilimitadas en referencia a la línea recta y en línea colateral o transversal, la cual se limita al cuarto grado,

¹⁴⁸ Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A, núm. 17, párr. 66 y Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, núm. 212, párr. 156; Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, núm. 221, párr. 125.

¹⁴⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar*, SCJN, México, 2010, p. 3.

¹⁵⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 660.

aunque no se trata de una regla de carácter absoluto, dejando en claro que una excepción se da en la patria potestad, la cual se da hasta el segundo grado.¹⁵¹

Hoy en día se debe reconocer que la organización de la familia bajo el modelo tradicional se ha ido transformando vertiginosamente, y por lo mismo se está dando un cambio cada vez más claro, el cual ha ido provocando consecuencias algunas negativas y otras positivas en términos de cohesión social dependiendo de los distintos contextos culturales, ya que incluso se habla de hijos producto de nuevos métodos de reproducción asistida, dejando de lado los daños o beneficios directos que se den en los mismos. Y hasta se va evidenciando que las nociones de paternidad y maternidad se están convirtiendo en títulos escindibles, y se dio paso a la institución de la adopción, generando con ello un haz de relaciones jurídicas en materia familiar.¹⁵²

A lo ya mencionado, se debe agregar que los juristas en su mayoría, siguen una línea de convicción de que para interpretar una norma, se debe conocer adecuadamente en cuanto a su contenido, lo cual es muy conveniente, ya que esta práctica libra de la charlatanería política.¹⁵³ Sin embargo, llama la atención que la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el capítulo *Del derecho a vivir en familia*, no se encuentra ninguna referencia explícita relacionada con el concepto de familia y a los diversos formatos de familia.

Por lo mismo se hace mención de que el hacer una mención genérica hacia las personas que ejercen una la patria potestad o a los tutores no es suficiente, ya que no se hace un reconocimiento de la diversidad parental y menos se contempla ésta de acuerdo con la diversidad procreativa, lo cual genera un silencio que convalida posiciones conservadoras contrarias al asentamiento del Estado laico, ya que sigue pesando el concepto de familia

¹⁵¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Parentesco*. Temas Selectos de Derecho Familiar, vol. 9, México, 2018, p. 37.

¹⁵² Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, UNAM, México, 2017, núm. 274, pp. 91-92.

¹⁵³ Ollero, Andrés, *Derechos humanos entre la moral y el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, UNAM, México, 2007, núm. 372, p. 181.

tradicional por encima de otro tipo de derecho, como el derecho de un niño a no ser separado de sus hermanos.¹⁵⁴

Por otro lado, la Ley general de protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece en que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia por lo que la falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni debe ser causa para la pérdida de la patria potestad siempre que estos representen una garantía de la protección del interés superior de los menores basado no sólo en el punto alimenticio o monetario. Además, tampoco cubre cabalmente con la protección de que se considere la separación de hermanos, de acuerdo al artículo 22.

De acuerdo con esta Ley, las niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria, salvo que medie una orden de la autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas y la seriedad de las mismas; no obstante, es corta al explicitar que en las decisiones judiciales se debe prevalecer los lazos sanguíneos entre hermanos.

Según algunos estudios psicológicos se divorcian los esposos o los padres, pero además, se genera la tercera separación: la de los hermanos. Los padres se reparten los hijos como si fueran bienes gananciales de la sociedad conyugal. Ya sea por afinidades y antipatías o racionalizaciones a veces sobre coincidencias relativas al sexo de los progenitores y de los niños.¹⁵⁵

Lo que genera abondos facciosos en la familia. Esto atenta, contra una de las últimas instituciones confiables para el niño en la crisis del divorcio: la

¹⁵⁴ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos...*, op. cit., p. 95.

¹⁵⁵ Zicavo Nelson, *Parentalidad y Divorcio. (Des)encuentros en la familia latinoamericana*, ALFEPSI editorial, Producción colectiva desde la praxis de la psicología de la América Latina, San José, Costa Rica, 2016, pp. 59-60.

fratría.¹⁵⁶ El divorcio, deja momentáneamente a muchos niños en una situación de desesperanza, desengaño y pérdida de confianza en sus progenitores. Separar a los hermanos puede quitar el último vínculo confiable que sobrevive a la crisis. Existen algunos casos de divorcio en los que se refleja esta visión, los menores son separados al igual que sus padres y aunque ellos no son parte del divorcio sufren sus consecuencias y sufren de estas consecuencias.¹⁵⁷

Se divorcian también los hermanos, por inducción o mal manejo de los padres. Los niños son en estos casos muy poco respetados, distribuidos como objetos de la propiedad de los ex cónyuges y hasta vistos de esa manera, a veces, por funcionarios judiciales que toleran este inadecuado reparto. Esto es la custodia compartida. Su principal consecuencia es la ansiedad, el desasosiego y el dolor por la pérdida de la cotidianidad y de la confianza del o los hermanos como objeto de apego, sobre todo si son mayores,¹⁵⁸ esto genera una nuevo parteaguas a considerar para la figura de protección del interés superior de la niñez.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres ni de su familia excepto que tal separación sea necesaria para proteger el interés superior de la niñez,¹⁵⁹ lo que se puede interpretar como “familia”, de menor a las demás personas que viven con el que no sean sus padres, lo que incluye la figura de los hermanos. La Convención hace referencia a la “familia” como el grupo fundamental que es primordia para el cuidado y desarrollo del ser humano.

En su observación general número 5, del Comité de los Derechos del Niño, refuerza la idea de ese desarrollo, se afirma que el desarrollo del niño es un “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral,

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ Véase Anexo: *Caso práctico que avala la violación del derecho del menor a no ser separado de sus hermanos*, al final del documento.

¹⁵⁸ Zicavo Nelson..., *op. cit.* p. 60.

¹⁵⁹ Azzolini Bincaz..., *op., cit.*, p.27

psicológico y social del niño” y que “las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños”.¹⁶⁰

Por tanto se reconoce que las necesidades de los niños varían a lo largo de sus distintas fases de desarrollo y desde sus diversas aristas que lo conforman, así como también incrementan y evolucionan sus capacidades de ejercicio autónomo de sus derechos. En todo caso, el reconocimiento desde cualquier ámbito de los derechos, debe hacerse de modo integral, considerando la indivisibilidad y la interdependencia de los mismos.¹⁶¹

Si bien es cierto en nuestro país no existe un derecho como tal, y tampoco existe un ordenamiento que tácitamente obligue a que los regímenes de guarda y custodia deben establecerse procurando no separar a los hermanos; en la actualidad se ha comenzado a crear un precedente que reconoce que los menores tienen lazos biológicos con otros menores que pertenecen a su misma línea sanguínea, y que a futuras legislaciones podría ayudar a crear este concepto. Consecuentemente, en el siguiente apartado se citará dicho precedente.

Por lo anterior, se puede deducir que en la legislación mexicana, el modelo tradicional de familia, sigue teniendo mayor peso, pues en las sentencias se diseñan nuevos modelos de familia por encima de cualquier otro tipo de vinculación familiar, como es el vínculo entre hermanos y aún queda mucho por hacer para entender que no siempre este modelo tradicional de familia es el idóneo para el desarrollo integral del menor.

3.2.1 Tesis del Poder Judicial de la Federación respecto a la separación de hermanos

La Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce el derecho de los niños a preservar sus relaciones familiares y a no ser separados de sus padres ni de su familia excepto que tal separación sea necesaria en el interés superior de la

¹⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General, núm. 5, *Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, párf. 12.

¹⁶¹ Comité de los Derechos del Niño, observación general, núm. 7, 2005, *Sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia y la observación general*, núm. 20.

niñez, puesto que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural de crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular del menor¹⁶²; resulta necesario en el presente apartado resaltar los avances que tiene nuestro país respecto de la protección del derecho del menor a no ser separado de sus hermanos.

Por tanto, en la actualidad en nuestro país, a la niñez se le protegen los derechos de manera muy genérica y se han dejado de lado importantes detalles como lo es el vínculo fraterno, que también aporta elementos para el pleno desarrollo del menor, se hará un análisis breve del Amparo en Revisión 518/2013 del Ministro Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió Tesis con tintes para la adoptar una nueva ideología de la separación de hermanos.

El asunto judicial comienza cuando en mayo de 2005, la madre de cuatro menores de edad en Jalisco, acudió a una casa hogar, a fin de solicitar que la apoyaran con el cuidado de sus niños. Dos años después, la directora de esa casa hogar denunció ante una Agencia del Ministerio Público de Jalisco su consideración de que éstos habían sido abandonados por su madre. Así, en 2009, debido a la imposibilidad de localizar a la madre de los menores o a cualquier otro familiar que se hiciera responsable de ellos, la Secretaria Ejecutiva del Consejo Estatal de la Familia promovió un juicio en el que se condenó a la progenitora a la pérdida de la patria potestad de sus cuatro hijos y se determinó que el Consejo Estatal de la Familia fungiría como tutor definitivo de los infantes.¹⁶³

Con base en esa resolución, los expedientes de los menores se enviaron al departamento de adopciones, por lo que en abril de 2011, una pareja de nacionalidad italiana promovió un procedimiento de jurisdicción voluntaria para tramitar la adopción plena internacional respecto de tres de los cuatro hermanos,

¹⁶² Azzolini Bincaz..., *op., cit.*, p.27

¹⁶³ Reseñas argumentativas, Reseña del amparo en revisión 518/2013, *Interés Superior de la Niñez en caso de Adopción Internacional*, Primera Sala de Justicia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 2, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2017-04/res-AGOM-0518-13.pdf

del Juez Familiar que conoció del asunto, dictó sentencia en la que autorizó a dicha pareja la adopción internacional plena.

Por otro lado, en abril de 2011, un matrimonio de nacionalidad mexicana promovió un procedimiento de adopción plena respecto del otro de los hermanos, de seis años de edad, que era el menor de los cuatro. Este procedimiento se mantuvo pendiente de resolución hasta en tanto no se dictara el fallo correspondiente. Separando a los hermanos a la luz del Interés Superior del menor.¹⁶⁴

Posteriormente, la Comisión Estatal de Derechos Humanos había solicitado medidas cautelares al Consejo Estatal de la Familia (DIF) de Jalisco, para que se evitara promover adopciones que separaran a hermanos, así como impedir la afectación de los menores adoptados, al haber sido separados de su hermano menor, sin verificar su afectación emocional,

Ante ello, el 8 de julio de 2011, una persona que se ostentó como el abuelo materno de los menores promovió juicio de amparo indirecto, señalando como actos reclamados, el procedimiento y la sentencia definitiva que decretó el otorgamiento de adopción de sus nietos y donde indicaba que se afectaban los derechos de legalidad y seguridad jurídica al permitir la separación definitiva de sus nietos, y aunque la pareja italiana también promovía dicho recurso argumentando que el menor ya tenía un año viviendo con ellos y no debía ser separado de los demás: la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió ejercer la facultad de atracción del caso, el cual fue turnado a la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, a fin de que elaborara el proyecto de resolución correspondiente.¹⁶⁵

De esta forma, en la sesión del 23 de abril de 2014, la Primera Sala del Alto Tribunal del país resolvió el asunto en el cual se analizaron los siguientes temas:

- Las obligaciones y derechos derivados del parentesco consanguíneo.
- La patria potestad, la pérdida y sus efectos.
- La institución de la adopción plena y su debido proceso.

¹⁶⁴ *Idem.*

¹⁶⁵ *Idem.*

- La adopción internacional.
- El principio del Interés Superior del menor y su aplicación en los casos de adopción.¹⁶⁶

Para nuestro tema de investigación cabe resaltar el principio del interés superior de la niñez y su aplicación en los casos de adopción, la interpretación fue que existirán casos en los que lo más conveniente sea integrar al menor a un núcleo familiar idóneo, por lo que no siempre será necesario preservar las *uniones familiares*, pues ambas directrices podrían contradecirse, debido a que lo más adecuado al interés superior de la niñez, puede no ser lo que favorezca la permanencia con la familia biológica.

Así, la Primera Sala concluyó que el interés superior, constituye el límite y punto de referencia de la institución de la adopción, por lo que el vivir con una familia idónea para su cuidado y desarrollo, sobrepasa el interés de la permanencia de los hermanos como un grupo, situación que implicaría que los menores quedaran al cuidado de una institución, en vista de que el quejoso no pretende hacerse cargo de la custodia y patria potestad de los mismos. Bajo ese contexto, la Primera Sala sostuvo que lo más favorable para los menores era permanecer al cuidado de sus familias adoptivas, al ser la decisión que más satisface el principio del interés superior del menor.

Por lo que del presente asunto derivó la siguiente tesis:

ADOPCIÓN. EL MANTENIMIENTO DE LOS LAZOS BIOLÓGICOS NO CONSTITUYE UNA REGLA A SEGUIR EN AQUELLA INSTITUCIÓN.

La adopción es una institución que busca la protección y garantía de los derechos de menores que no están integrados a una familia,... la intervención del Estado en esa institución responde al principio de la integración familiar para encontrar un ambiente familiar que sea idóneo para el normal desarrollo del infante. Ahora bien, de acuerdo con la legislación internacional, un principio que debe regir la actuación judicial en relación con el derecho a una familia de los infantes, es el de reinserción en el núcleo familiar biológico; sin embargo,...por el significado y alcance

¹⁶⁶ *Idem.*

del interés superior del menor, habrá casos en los que lo más conveniente sea integrar al menor a un núcleo familiar distinto a aquel en el que se mantengan lazos biológicos, pues el Estado tiene la obligación de buscar la familia idónea para su desarrollo, por lo que no en todos los casos convendrá preservar las uniones biológicas, sino verificar la que le resulte más favorable.¹⁶⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que los menores tienen *uniones biológicas* y que con el fin de integrar al menor en un *núcleo familiar idóneo* a la luz del interés superior, no siempre será recomendable conservarlo, estas decisiones judiciales lejos de considerar el pleno desarrollo del menor, ubican al menor con la satisfacción de las necesidades de casa, comida, escuela y salud, sin considerar las afectaciones sociales que pudiera sufrir.

A la luz de los divorcios, donde también se ve implicada la tutela de un menor y su preservación de un ambiente familiar idóneo para su desarrollo, resulta necesario la protección de estos lazos biológicos, que unen a los hijos del matrimonio y que se pueden ver vulnerados cuando los padres deciden dividirlos a la luz de una decisión judicial. Resulta necesario no dar, como algo obvio que en el derecho a la familia se encuentra implícito el derecho a los hermanos, puesto que los núcleos familiares son muy diversos.

3.3 Medios que garantizan la protección de los derechos del menor en los procesos de divorcio

Existe la necesidad de proporcionar al niño una protección especial en todo momento de su vida, esta protección ha sido enunciada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En el prólogo de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

¹⁶⁷ Tesis aislada: 1primera sala. XXIV/2015 (10ª Época), Suprema Corte de Justicia de la Nación, Enero 2015.

Sociales y Culturales, así como también se menciona en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y organizaciones internacionales con mandato materia de niñez.¹⁶⁸ A partir de lo cual en el país en los diversos ordenamientos jurídicos se han adoptado medidas de protección para los menores cuando son parte de un proceso de divorcio.

En México, la Constitución protege en general los derechos de los menores. Cada estado tiene su propia normativa para garantizar los derechos de los menores en los juicios familiares, por ello, en el presente apartado se hará una ejemplificación del estado de Michoacán, enfatizando la función de las instituciones encargadas de garantizar dicha protección.

De acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el juez de lo familiar está facultado de oficio para que decrete medidas cautelares y precautorias para defender a la familia, incluso se encuentra facultado la deficiencia de las partes en los planteamientos de derecho, puesto que no se requieren de formalidades en los juicios en los que se encuentren involucrados los derechos del menor.¹⁶⁹

Cabe mencionar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano protector tiene una tesis aislada en materia de protección del Interés Superior del menor durante el proceso de divorcio de los padres que generó controversia en la definición de la custodia de los menores y que buscó salvaguardar el correcto desarrollo de éstos últimos:

CONVIVENCIA, RÉGIMEN DE. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA SU CORRECTO DESARROLLO ENTRE MENORES Y SUS PROGENITORES, CUANDO ÉSTOS SE ENCUESTRAN SEPARADOS O DIVORCIADOS...integrarlos plenamente a la sociedad y permitirles el goce pleno de sus derechos como seres humanos; es indiscutible y preponderante que para determinar prudente y objetivamente un régimen de convivencia entre los menores con sus progenitores, que por alguna razón se encuentren separados o divorciados, los órganos jurisdiccionales

¹⁶⁸ *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en la América*, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, UNICEF, OEA/Ser.L/V/II, doc. 54/13, Washington, 17 octubre 2013, p. 12.

¹⁶⁹ Artículo 417, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

y cualquier autoridad deberán tener en cuenta los referidos principios jurídicos, así como que respecto de la patria potestad, guarda y custodia,...el Juez habrá de resolver lo conducente en derecho en torno a la controversia suscitada teniendo siempre en cuenta lo mejor para los intereses de los hijos menores de edad. En orden con lo anterior, es indispensable precisar que en los casos de desintegración familiar provocados por la separación de los cónyuges, los hijos resultan ser los menos responsables, y sin embargo, son los que más la resienten en el ámbito psicológico, social y económico. Luego, en aras de ese supremo derecho que tienen los niños de ser amados y respetados, sin condición alguna, sus progenitores deben ejercer la guarda y custodia en un ambiente de comprensión, amor y máximo respeto, recurriéndose a terapeutas especializados en salud mental, con la única finalidad de entablar una mejor relación de convivencia con sus menores hijos... ambos padres deben permitir que se lleve a cabo una convivencia en beneficio evidente de sus hijos,...las anteriores reflexiones encuentran sustento en el hecho de que el derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, propiciándose así las condiciones para que se desarrollen las relaciones conyugales y consanguíneas constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes, e incluso, tales facultades y deberes de carácter asistencial surgen entre los padres, hijos, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), y tienen como objetivo tutelar y fortalecer las relaciones y los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a las normas fundamentales establecidas para la protección de los hijos.¹⁷⁰

La Suprema Corte, define claramente el derecho de familia como un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, propiciándose así las condiciones para que se desarrollen las relaciones conyugales y consanguíneas constituidas por un sistema de

¹⁷⁰ Tesis: II.2o.C.520 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, abril de 2008, p. 2327.

derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes.

Tales facultades y deberes de carácter asistencial surgen entre los padres, hijos, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), y tienen como objetivo tutelar y fortalecer las relaciones y los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a las normas fundamentales establecidas para la protección de los hijos, garantizando así el derecho que tienen los menores a no ser separados de sus hermanos, durante los procesos de divorcio de sus padres, ya que los menores no tienen la culpa de las circunstancias a las que se enfrenta su ambiente familiar, y los padres deben respetarlo.

Un primer medio de protección de los derechos del menor resultaría ser el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política Mexicana, donde se busca la protección de los Tribunales Federales con leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales, con la finalidad de que se restituyan en el pleno goce de sus derechos.¹⁷¹ El juicio de amparo que se puede promover para la protección de los derechos del menor cuando es separado de sus hermanos en el proceso de divorcio de sus padres, es el amparo de garantías que proviene de actos de autoridad.

Sin embargo, ante la ausencia de políticas públicas concretas para todos los casos de protección de los derechos de los menores de edad, el Estado debe obligar a los Ejecutivos estatales a generar los medios más adecuados para establecer políticas públicas encaminadas a mejorar las prácticas de prevención, protección y garantía de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, respetando la Constitución y los Tratados Internacionales de los que México es parte.

Otro organismo protector y ejemplo de protección a nivel estatal es el estado de Michoacán, que su Código Familiar, determinan algunos medios que garantizarán la protección de menor durante el proceso de divorcio de sus

¹⁷¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Procedencia del juicio de amparo, para impugnar una reforma a la Constitución Federal*, Serie Decisiones Relevantantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no.17, México, 2011, p.18.

padres. El primero de ellos es respecto al derecho de convivencia con sus familiares (especialmente sus hermanos), donde el juez de lo familiar podrá decretar el cambio de custodia de los menores de edad previo al procedimiento respectivo de divorcio, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan parentesco de consanguinidad en línea recta ascendente. Aquí el juez decidirá sobre lo que mejor convenga al menor, de acuerdo al artículo 428.

Por lo anterior en el estado de Michoacán se aplica la Ley de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, la cual genera mecanismos de coordinación entre los tres órganos de gobierno, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, para incorporar presupuestos para la asignación de recursos públicos suficientes para asegurar el goce pleno de sus derechos a los menores por parte de las autoridades. Además, se obliga a madres, padres y de todas las personas que tengan la tutela de menores a cuidarlos y a asegurarles el respeto y la aplicación eficaz de los derechos establecidos mediante una vida digna, alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y diversas instituciones del sector público y privado.

Por lo que respecta al titular del Poder Ejecutivo del Estado, hace mención de que deberá garantizar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes mediante planes, políticas públicas y programas interinstitucionales; así como realizar, promover e impulsar los programas de defensa y representación jurídica de los mismos, proporcionando asistencia, protección, provisión, prevención, participación y atención.¹⁷²

Por otra parte, será el responsable de concertar con las entidades federativas y municipales, los convenios que se requieran para la realización de dichos programas; así como coordinar las acciones y promover medidas de financiamiento para la creación y funcionamiento de instituciones de protección y defensa de los de menores que garanticen sus derechos, a fin de fomentar e impulsar su atención integral.

¹⁷² Ley de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Michoacán.

Hoy día el Sistema del Desarrollo Integral de la Familia, a nivel estatal y municipal realiza acciones de prevención, atención y seguimiento a niñas, niños y adolescentes en situación de abandono, violencia, trata o vulnerabilidad social, para incorporarlos al núcleo familiar o albergarlos en instituciones adecuadas para su custodia, formación e instrucción, así como garantizar en todo momento su situación jurídica conforme a lo previsto en la legislación de la materia, como lo establece el artículo 9, frac. III de la Ley de las Niñas, Niños y Adolescentes; además tiene la obligación de impulsar y promover el reconocimiento y ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, por lo que ha establecido centros de información y denuncia que permiten canalizar y gestionar la atención de los mismos.¹⁷³

El Sistema DIF, recibe quejas, denuncias e informes de violación de los derechos de niñas, niños y adolescentes, denunciando ante las autoridades competentes en materia de abuso físico y/o psicológico. Además, facilita a la autoridad competente, los elementos y la información para la protección de niñas, niños y adolescentes. Por otra parte, vigila y supervisa que las instituciones y los hogares provisionales presten el cuidado y atención adecuados a niñas, niños y adolescentes, respetando sus derechos, de conformidad con la Ley en su Artículo 9°, frac. VII, VIII y IX.

Existe también la figura de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, misma que representa legalmente los intereses de niñas, niños y adolescentes ante las autoridades judiciales o administrativas; promueve la difusión y defensa de sus derechos, así como las disposiciones legales que se relacionan con ellos, con el fin de propiciar su efectiva aplicación; y finalmente, vigila que las organizaciones que presten servicios o realicen actividades en beneficio de los menores, lo hagan respetando en todo momento sus derechos como queda establecido en el artículo 10°, frac. I, VIII Y IX.

Por lo que respecta al Poder Legislativo, le corresponde legislar de conformidad con el principio del Interés Superior de niñas, niños y adolescentes armonizando las leyes y reglamentos, conforme a su competencia y en

¹⁷³ *Idem.*

consonancia con los ordenamientos jurídicos en el ámbito federal e internacional como se estipula en el artículo 16, frac. I y II de la Ley sobre los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

En materia de la protección del Interés Superior de los menores, en el estado de Michoacán, esta citada ley incluye que el Poder Judicial garantiza el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar sus opiniones libremente y a contribuir especialmente en la ejecución de las determinaciones de las autoridades competentes para cada caso particular respetando las condiciones de protección de los menores mediante la intervención del Ministerio Público conforme al artículo 17°. El Ministerio Público está facultado para intervenir de oficio en los casos en que la integridad física, emocional y sexual de los menores se vea afectada por parte de los tutores y ponga en riesgo su integridad y desarrollo, a fin de proceder siempre en atención a su interés superior como lo estipula el artículo 38.

Finalmente, el Poder Judicial del Estado Michoacán, en su portal de internet cuenta con un apartado referente a los derechos humanos y desarrolla programas de difusión y capacitación en esta materia. Dicho portal cuenta con una sección de niñas y niños, que ofrece un elenco de tratados y leyes que promueven el respeto y la defensa de los derechos humanos de los infantes, pero no desarrolla procesos concretos.¹⁷⁴

3.4 Actuación de los operadores jurídicos respecto de la protección del Interés Superior de la niñez durante un divorcio

Al referirse a la niñez y la protección del interés superior, se habla de todos los derechos que le conciernen, en cada momento de su vida, es por ello que cuando acuden a los juzgados familiares se les deben preservar estos derechos, por tanto en este subcapítulo, haremos un análisis breve de esta situación.

El nuevo marco constitucional, resultado de la reforma en materia de derechos humanos, ha llevado a la emisión de una nueva jurisprudencia sobre temas relacionados con la infancia y la protección de sus derechos

¹⁷⁴ *Derechos Humanos y Administración de Justicia*, México, 2015, <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/atencion/derechosHumanos.aspx>

especialmente dentro de los procesos de divorcios de sus padres, que se ubican como parte de la Décima Época, de la Suprema Corte.

Por tanto, debido a que la infancia participa en procesos judiciales en el estado de Michoacán y sigue procedimientos judiciales muy elaborados y tardados, resultando no idóneos, ni adaptados a sus características y necesidades específicas, se ha creado un Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año de 2012. Dicho protocolo señala la manera adecuada en la que las niñas, niños y adolescentes podrán participar en los juicios de divorcio de sus padres, donde se vean involucrados, ejerciendo plenamente su derecho a audiencia.¹⁷⁵ Así pues, el Poder Judicial del Estado, tiene a su cargo el deber de impartir justicia en base a estos lineamientos y por tanto le compete:

- I. Garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar sus opiniones libremente y a contribuir especialmente sobre las decisiones que le afecten;
- II. atender primordialmente al interés superior de la niña, niño y adolescente en todas las medidas que tomen;
- III. otorgar medidas de protección que en su condición de menor requieren por parte del Estado; y
- IV. las demás que le confieren otros ordenamientos jurídicos.¹⁷⁶

Como se mencionó con anterioridad el menor tiene derecho a ser escuchado en todo proceso que se le involucre ya que puede aportar información relevante para el caso por ejemplo: puede señalar con mayor precisión y sin prejuicios el ambiente cotidiano en que se desenvuelven las relaciones de cada uno de sus padres, su opinión sobre la calidad de vida de sus progenitores y algunos otros elementos como violencia dentro del hogar. No se trata sólo una obligación, sino de un derecho y su testimonio debería ser tomado en cuenta, como protección propia y ayuda para la autoridad que analiza y juzga el caso.

¹⁷⁵ Protocolo de Actuación, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁶ *Idem.*

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, todo menor tiene derecho a ser escuchado y a que sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta, como uno de los cuatro principios generales, lo cual pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.¹⁷⁷

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, indica que el Estado debe adoptar medidas efectivas y adaptadas para garantizar el derecho de la niñez a expresar sus opiniones sobre todas las cuestiones que los afecten, facilitando los mecanismos y los medios para ello de manera acorde a su desarrollo, y velar para que estas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, por ejemplo, en las políticas y las decisiones relativas a su educación, salud, sexualidad, seguridad, cultura, vida familiar, y a los procedimientos judiciales y administrativos, entre otros.¹⁷⁸ Ello implica una participación del menor significativa y protagónica, lo que comprende la posibilidad de expresarse libremente y a ser escuchado por quienes toman decisiones que afectarán sus derechos, su desarrollo y el curso de su vida.

De acuerdo con el Poder Judicial de Guanajuato, los jueces tienen un papel muy importante en la vida de un menor, puesto que su decisión depende con cuál de sus padres que están en proceso de divorcio irá a vivir, quién lo va a educar, a quién va a visitar, quién ejercerá sobre la él, la patria potestad y quien no, quién tendrá la custodia definitiva y quién solo tendrá derecho a la convivencia, lo que conviene más al niño.¹⁷⁹

Las trabajadoras sociales adscritas a los tribunales de justicia también juegan un papel importante dentro de los operadores jurídicos, consideran que el menor debe conocer de forma clara y sincera lo que está ocurriendo, es una de las situaciones que les va a ayudar a afrontar su situación de ruptura; desde el

¹⁷⁷ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General, núm. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

¹⁷⁸ *Garantía de derechos, Niñas, niños y adolescentes*, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.166, Doc. 206/17, 30 noviembre 2017, p. 125.

¹⁷⁹ El niño y el juez, y el interés superior del primero, bimestral, núm. 30. Boletín del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, marzo-abril del año 2007, Séptima Época, p. 24.

Servicio Público que es encargado del desarrollo y cumplimiento del régimen de visitas, se puede ayudar al menor a entender el proceso de separación de sus progenitores, y por ello, a minimizar sus consecuencias negativas, desde dos maneras de afrontarlo.¹⁸⁰

Otra figura poco mencionada pero que también tiene injerencia son los Trabajadores Sociales donde se trabaja con familias que se encuentran en una situación de conflicto motivado por un proceso de separación, en el que los menores son los protagonistas al encontrarse, de acuerdo con la Trabajadora social Nohemí Fernández, menciona que sin quererlo, se ven inmersos en dicho conflicto, forman parte del proceso de ruptura que genera dolor en todos los miembros de la familia y especialmente en los menores, pero sus consecuencias no deben considerarse únicamente como nocivas o perjudiciales.¹⁸¹

El apoyo que dan es, trabajando con sus padres, interviniendo en los momentos en los que los progenitores quieran y demanden ayuda y asesoramiento sobre los comportamientos y actitudes que deben tener hacia sus hijos e hijas, informándoles sobre sus reacciones típicas y el manejo de sus conflictos, etc. Así como directamente sobre el menor, resolviendo cualquier duda que tengan y explicándole de una manera imparcial el momento por el que está atravesando. Lo que tenemos que tener claro es que, el proceso de separación es una situación que implica a los adultos, a ambos progenitores, y en beneficio de los menores, deben dejarles al margen de todos los problemas que tienen entre ellos.¹⁸²

Es real que el menor merece un trato especial cuando acude ante un tribunal por motivo del divorcio de sus padres, sin embargo no solo los jueces están obligados a ello, existen otros profesionistas que se encargan de observar y emitir recomendaciones cuando un menor acude a una audiencia y toman el papel de protectores jurídicos, a continuación se abordará dos de estas figuras.

¹⁸⁰ Fernández Baz, *op. cit.*, p. 559.

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Ibidem*, p. 561.

3.4.1 Ministerio Público

El Estado a través de los órganos encargados de procurar e impartir justicia, tienen el deber de velar por que las obligaciones que nacen de las relaciones familiares. Los casos de los divorcios necesarios, son tratados a través del Ministerio Público; que es la institución encargada de velar por la exacta observancia de las leyes en los casos en que tenga intervención conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Estado de Michoacán; por tanto le corresponde la vigilancia de la legalidad y de la pronta y expedita procuración e impartición de justicia, entre otras cosas.

En los casos de materia familiar y divorcios necesarios, el Ministerio Público ejerce sus funciones a través de representantes, llamadas Agentes del Ministerio Público, es decir, personas calificadas que tienen atribuciones de representantes sociales para la protección de menores. Así, se tienen atribuciones de salvaguardar los intereses públicos e individuales en los juicios que actúen como parte e interviniendo en las diligencias en que se deba representar el interés de la sociedad, presentando promociones, asistiendo a las audiencias y desahogando las vistas que se les mande dar.¹⁸³

Por otra parte, los Agentes del Ministerio Público hacen del conocimiento del Gobernador del Estado y del Supremo Tribunal de Justicia de la entidad, los abusos e irregularidades que adviertan en los juzgados o tribunales, que afecten la pronta, expedita y debida impartición de justicia (Artículo 9º). En la práctica, se les ha otorgado la facultad de promover la conciliación en los asuntos del orden familiar. Cabe hacer mención que en los Juzgados Familiares debe encontrar adscrito un Agente del Ministerio Público.

3.4.2 Tutores o turtices provisionales

Ahora bien, atendiendo al interés superior de la niñez, reflejado en su protección, durante los juicios de divorcio de sus padres, el Estado (Poder Ejecutivo), se encuentra obligado a proteger y garantizar sus derechos mediante instituciones

¹⁸³ Sagarra Paramont, María Moncerrat, *El Ministerio Público y la familia*, UNAM, México, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/136/14.pdf>, México, 2015, p. 185.

determinadas a tal fin. En el caso de Michoacán, le corresponde al titular del Desarrollo Integral de la Familia, designar a las personas aptas e idóneas, quienes acompañarán al menor en todas sus intervenciones durante el juicio respectivo.

A estas personas les corresponde, entre otras cosas, el ejercicio de las facultades siguientes: formular, instrumentar y difundir los programas y acciones de defensa, asesoría y representación jurídica, provisión, prevención y protección de la niñez, en especial aquello que forman parte de familias en estado de vulnerabilidad social. Por medio de los tutores o tuteurs, se formulan estudios e investigaciones que impulsen y amplíen las acciones a favor de la defensa y protección de los menores y su derecho de familia; coadyuvan con el Ministerio Público en la presentación de elementos y pruebas para la protección de los derechos de la niñez y su derecho de familia y les representan en los procedimientos familiares que se deriven de los divorcios, de conformidad con las normas aplicables de acuerdo al artículo onceavo.¹⁸⁴

Por ejemplo en la ciudad de Morelia se cuenta con Juzgados Familiares, cada juzgado tiene adscrito un agente del Ministerio Público y una tuteur o tutor provisional, con la finalidad de representar a la niñez, siendo los encargados de vigilar que sean respetados sus derechos, por lo que tienen una gran responsabilidad como funcionarios en los juicios familiares.

3.5 La ponderación del derecho de la niñez a la familia ampliada desde de la óptica de los juzgadores

Para el desarrollo del presente apartado se considera relevante iniciar con el asentamiento del concepto de ponderación, el cual según Alexy Robert, refiere que también se le denomina balanceo y es muy empleada en la praxis de muchos tribunales constitucionales. Dicho concepto, está basado en el principio proporcionalidad, el cual a su vez se basa en otros tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para el tratamiento de los

¹⁸⁴ Reglamento interior del sistema para el desarrollo integral de la familia michoacana, México 2012.

derechos fundamentales óptimamente dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.¹⁸⁵

Los dos primeros enfocados a la optimización de lo fácticamente posible y el tercero, a la optimización de lo jurídicamente posible. Así, dichos principios se encuentran contrapuestos, es por ello, que la ponderación debe contemplar la siguiente regla de ponderación: a mayor grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho, o bien, de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer otro de los principios ya enunciados.¹⁸⁶

La regla de la proporcionalidad indica que si la ponderación de un derecho es proporcional con el sacrificio del otro (cuando dos derechos fundamentales se encuentran en colisión es necesario sacrificar uno), entonces el detrimento debe ser proporcional con los beneficios que trae la garantía. Es decir, que la afectación del derecho tiene que ser proporcional con el grado de garantía que se le debe dar al derecho ponderado. No se puede sacrificar ilimitadamente un principio para el beneficio no ilimitado del otro.¹⁸⁷

Así, al hablar de la estructura de la ponderación se deben considerar tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula de peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación, queda expresada como ya se citó anteriormente y puede dividirse en tres pasos: paso 1, definición del grado de insatisfacción o de afectación de uno de los principios; paso 2, importancia de la satisfacción del principio que se coloca en sentido contrario y paso 3, definición de la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica que se afecte o no se atienda a la satisfacción del otro.¹⁸⁸

Resulta relevante el sentido hermenéutico de los jueces cuando exista un conflicto o colisión de principios o de derechos fundamentales, lo cual recae en la necesidad de verificar, estudiar todos y cada uno de los derechos fundamentales del menor, a fin de poder garantizar los derechos

¹⁸⁵ Perfecto, Andrés Ibáñez y Alexy Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, pp.1-2.

¹⁸⁶ *Ibidem.*, p. 2.

¹⁸⁷ Hernández, Carlos Arturo y Jiménez Roncancio, *Robert Alexy y la ponderación en la corte constitucional*, Universidad Libre, Colombia, 2017, p. 89.

¹⁸⁸ Robert, Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, p. 32.

interdependientes desde la visión del interés superior de la niñez, para tener una resolución objetiva.¹⁸⁹

Sin embargo, se debe reconocer que con frecuencia aparecen casos que no están cabalmente contemplados dentro de las legislaciones, de modo que cuando exista una colisión entre los derechos fundamentales del menor y el de sus padres, que no estén contemplados dentro de la legislación, los legisladores podrían iluminar los supuestos con orientaciones basadas en el principio de razonabilidad, a fin de establecer garantes de los derechos fundamentales. El juez debe acudir a elaborar una interpretación con base a la jurisprudencia, pero siempre en vistas de una optimización del derecho de forma racional, favoreciendo la protección de un principio en perjuicio del otro, valorando las consecuencias y la proporcionalidad de la solución que se pretende, lo que se entiende como test de razonabilidad.¹⁹⁰

En materia de adopción, cuando el juez debe realizar un ejercicio de ponderación, especialmente cuando se dé la colisión entre dos derechos que pretendan tutelar el interés superior de la niñez, para decidir qué derecho debe prevalecer sobre cual, es factible aplicar la ley de la ponderación de Robert Alexy, prevaleciendo los derechos primarios de frente a los derechos secundarios, ya que el interés superior de la niñez, rige el actuar de los poderes públicos y obliga a los juzgadores en cualquier momento, a que adopten las decisiones para el desarrollo presente y futuro del menor y se debe entender como parte de dichos derechos primarios el bienestar del menor al desarrollo cognitivo, psicológico y emocional.¹⁹¹

El interés superior de la niñez ha sido definido por Miguel Cillero Bruñol como un principio que obliga a las autoridades a tomar, como un criterio orientador primordial, el respeto a los derechos de la niñez, entendiéndolo como

¹⁸⁹ Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, p. 99.

¹⁹⁰ *Ibidem.*, pp. 111-112.

¹⁹¹ Tesis jurisprudencial, 2011199. III.2o.C.53 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 28, marzo de 2016, p. 1727.

fundamento de la necesidad de adoptar ese principio y el hecho de que el menor tiene derechos que deben ser respetados.¹⁹²

Por lo tanto, tienen derecho a que antes de tomar una cierta determinación respecto de ellos, o una determinación que pudiera afectar incluso de manera derivada a los intereses del menor de edad, la autoridad o el juzgador debe efectuar un razonamiento en el cual se pondere por una parte la decisión a tomar y los derechos de la niñez y por otro lado, razonamiento sea que adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos con la mayor amplitud posible.¹⁹³

Como se ha mencionado con anterioridad, el interés superior de la niñez es un principio que, pugna por el reconocimiento del orden jurídico del menor como persona en todo el sentido jurídico de la palabra, se le reconoce como titular de derechos autónomos, los cuales pueden ser ejercidos por sí mismo, rompiendo con la concepción tradicional del menor de edad equiparado a un incapaz.¹⁹⁴

En segundo lugar, el interés superior de la niñez pugna porque esos derechos, que deben ser reconocidos como autónomos de las personas menores de edad, sean también reconocidos como derechos humanos, que por la especial condición de un menor de edad requiere una especial condición de protección a fin de que sea efectivamente protegido y garantizado, y de esta forma se cumpla con los principios de la interdependencia, universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos.¹⁹⁵

Para poder hacer una ponderación de derechos primero se debe de conocer el derecho y el principio del interés superior de la niñez basado en su caracterización, pasando después a abordar la identificación de aquellos que habrán de conocerlo en profundidad, al corresponderles su aplicación, para centrarnos posteriormente en los criterios determinantes que han de observarse

¹⁹² Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en <http://www.observatoriosocial.com.ar/proyectos/proelinteres.pdf>

¹⁹³ *Idem.*

¹⁹⁴ Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño...op. cit.*

¹⁹⁵ *Idem.*

con el propósito de visualizar las medidas que mejor se acomodan a este derecho y principio interpretativo fundamental; todo ello con la finalidad de concluir apuntando los posibles riesgos que derivan de su aplicación.¹⁹⁶

Ahora bien, en los juzgados familiares generalmente es donde se trata mayor cantidad de juicios que involucran a menores, además de los penales; es por ello que resulta importante el analizar cómo es que se aplica este principio en la práctica judicial, en nuestro país. Hoy día es la figura de divorcio necesario que resulta muy común y contiene más materia litigiosa puesto que no hay un acuerdo previo de las partes en lo que respecta a los bienes e intereses particulares de los implicados, entre ellos los hijos.

En materia procesal se podrían destacar como efectos ventajosos principales para los cónyuges involucrados en un divorcio necesario la posibilidad de volverse casar de manera inmediata si así lo desean, así como poder disponer de todo lo que le hubiere dado su conyugue dependiendo del régimen con el cual contrajeron nupcias, pero aparece cierta opacidad en materia del bien supremo de la niñez y su derecho a tener una familia, ya que por lo regular, sólo se toma en consideración la situación económica de los padres y su propio beneficio en general.¹⁹⁷

Otro punto que implica al menor dentro de este tipo de divorcio es la guarda y custodia de los mismos, la cual puede ser para cualquiera de ambas partes, dependiendo de diversos factores; entendiendo por guarda y custodia la referencia a con quién va a vivir el menor o los menores durante y después del proceso de divorcio de los cónyuges.

En caso de haber mutuo acuerdo entre los progenitores sobre quién se queda con el menor o los menores, nadie cuestionará tal decisión. Sin embargo, los problemas surgen cuando no existe acuerdo previo y es el juez quién debe decidir cuál de los progenitores será el responsable de la custodia, si se debe o no separar a los hermanos, qué necesidades afectivas y emocionales de los menores estará protegiendo, cómo afectara la privación de la relación estrecha

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Nuestros derechos. Derechos de los padres y de los hijos*, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, México, UNAM, 2000, pp. 78-80.

con otros miembros de la familia como son los abuelos, tíos, primos. Además, de considerar la disponibilidad de los padres para poder atenderlos y otras consideraciones como si algún de los cónyuges tiene algún tipo de adicción o puede llegar a poner en peligro la integridad del menor o los menores.¹⁹⁸

Ante la ausencia de políticas públicas concretas para todos los casos de protección de los derechos de los menores de edad, el Estado debe obligar a los Ejecutivos estatales a generar los medios más adecuados para establecer políticas públicas encaminadas a mejorar las prácticas de prevención, protección y garantía de los derechos humanos de la niñez, respetando la Constitución y los tratados internacionales de los que México es parte.¹⁹⁹

Existen factores que en ocasiones impiden que se satisfaga esa situación, pues a veces el gran cúmulo de trabajo existente en el tribunal, rebasa la actividad del juzgador familiar; otro elemento importante que cuenta mucho para efecto de la preservación de los derechos de la niñez, consiste en romper inercias, pues existen juzgadores familiares con una concepción ideológica tradicional que aún creen que el menor no es sujeto de derecho, sino son objeto de protección, puesto que son incapaces, tanto natural como jurídicamente, pues por su natural edad, no pueden defenderse por sí mismos y mucho menos, hacer valer sus derechos y exigir sus obligaciones.²⁰⁰

Estos juzgadores, tienen formas peculiares de interpretar el derecho, afortunadamente son menos, puesto que proponen que el menor debe ser representado por sus padres en el juicio respectivo y ser estos últimos quienes decidan sobre sus derechos y su vida. Un último factor que influye en la interpretación, es la relación que los padres en conflicto establecen con sus hijos; muchas veces son los padres quienes de manera directa, impiden el pleno ejercicio de los derechos de sus hijos, pues se encuentran tan ocupados en sus problemas personales, normalmente con el otro cónyuge o concubino, librando

¹⁹⁸ González Reguera, Elizabeth, *Guarda y Custodia del Menor, Congreso Internacional de Derecho Familiar*, Ponencia, Facultad de Derecho, UNAM, en <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-195s.pdf>.

¹⁹⁹ Atienza Manuel..., *op. cit.*, p. 17.

²⁰⁰ Pérez Contreras..., *op. cit.*, p. 84.

una lucha terrible, como en el supuesto del divorcio, midiendo el poder de uno sobre otro, que lo que menos les importan son sus hijas o hijos.²⁰¹

Así, cuando un juez familiar llama a juicio a un menor para que comparezca a expresar su opinión, para convivir con el padre o madre que no tenga la guarda y custodia de dicho infante, simplemente el padre que lo tiene bajo su guarda y custodia, no presenta al menor ante el juez, haciendo de esta forma nulo su derecho para expresar ante el juez su opinión respecto de su conflictiva familiar. En muchas ocasiones, el juzgador familiar debe incluso defender a los niños o niñas de sus propios padres.

Es importante resaltar, que la comparecencia del menor debe ser precisamente ante el Juez que está conociendo del juicio familiar y no debe comparecer ante los colaboradores o secretarios del juez, toda vez que quien va a tomar las decisiones fundamentales para el niño o niña es el Juez, debe ser él quien conozca al menor y su conflictiva familiar, para que se encuentre en posibilidad de conocer de cerca y entender la misma y conforme a Derecho y atendiendo al interés superior de la niñez, resuelva lo que más convenga a éstos, con estricto apego a la ley.²⁰²

Por tanto a nivel federal se ha instruido a los funcionarios judiciales, tanto jueces como magistrados familiares a impartir la justicia familiar, tomando en cuenta, en primer lugar, el interés superior de la niñez; y en segundo lugar, a preservar los derechos del menor que comparezca a juicio en cada juzgado o Sala Familiar, con un respeto total a sus garantías y al ejercicio pleno de sus derechos, tal y como se encuentran establecidos en las diversas leyes de la materia.²⁰³

Poder Judicial garantiza el derecho de la niñez a expresar sus opiniones libremente y a contribuir especialmente en la ejecución de las determinaciones de las autoridades competentes para cada caso particular respetando las condiciones de protección de los menores mediante la intervención del Ministerio Público, de acuerdo con la Ley de protección. Un ejemplo es el Código Familiar

²⁰¹ *Ibidem*, p. 85.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ *Idem*.

de Michoacán, establece que la determinación asumida por el juez deberá atender al interés superior de la niñez, y en la medida en que éste se encuentre en condiciones de otorgarla, escuchará la opinión del menor; la que de ninguna manera determinará la decisión del juez, pero si arroja elementos de discernimiento y valoración más objetiva.²⁰⁴

Por tanto, el juez procurará que los menores de catorce años queden al cuidado de la madre y resolverá, teniendo en cuenta el interés superior de la niñez, sobre las modalidades del derecho de convivencia con sus progenitores con la pretensión de proteger al menor para que durante el divorcio de sus padres no quede desamparado. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, otorga el mismo derecho a ambos progenitores, estableciendo una dinámica de igualdad y en una auténtica búsqueda de la preservación del interés supremo de la niñez, ya que no siempre la madre es la mejor opción.²⁰⁵ En los casos que el menor sea utilizado para rendir su testimonio durante el divorcio de sus padres o casos como el de guarda y custodia, la opinión del menor resulta fundamental.

En los tribunales familiares cuando surge un asunto que involucra menores, surge la necesidad de motivar en cada caso en el que se alegue el interés superior de la niñez, la decisión que se fundamenta en este principio, haciéndose llegar de la presentación de informes psicológicos del niño afectado.

Para poder hacer una ponderación de este principio, se podría hacer uso de la lógica que puede indicar la mejor de las soluciones para el o los menores en cuestión, dado que éstos precisan para su seguridad del mantenimiento de dinámicas, rutinas y de su entorno afectivo, debería primarse la solución que mejor se adaptara a este criterio, salvo que evidentemente, sea este contexto el que afecta negativamente al menor.²⁰⁶

Si bien es cierto que no hay soluciones únicas para todos los casos atendiendo a que no existen casos con problemáticas iguales, se debe

²⁰⁴ Hernández, Carlos Arturo..., *op. cit.*, p. 92.

²⁰⁵ Amparo en revisión 2159/2012[3].

²⁰⁶ Bartolomé Cenzano, J. C. de, "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, núm. 3, septiembre de 2012, pp. 46-59.

considerar al principio del interés superior de la niñez y hacerlo “como un criterio de ponderación abierto y un principio necesario inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el menor, tanto en el ámbito administrativo como judicial”.²⁰⁷

En la práctica judicial la aplicación del principio debería conducir a soluciones objetivamente justas, por el contrario, existen ocasiones en las que esta protección vulnera los derechos reconocidos a otros o a resultados que parecen alejados del derecho, porque son soluciones que, de no existir un menor, se resolvería de un modo diametralmente contrario o alejado del que cuenta con un menor a proteger. Pero esto ubicaría este tipo de situaciones precisamente en un contexto de protección de la niñez.²⁰⁸

Esa es precisamente la esencia de este principio. Sin embargo, con todos los riesgos que puedan derivar de la aplicación del interés superior de la niñez, siempre resulta más conveniente y convincente su consideración para evitar las situaciones a las que aboca su inobservancia.

²⁰⁷ Bartolomé Cenzano, J. C., *op. cit.*, pp. 46-59.

²⁰⁸ Carmona Luque, M. R., *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 104.

CAPÍTULO CUARTO

APORTES DEL DERECHO DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE SUS HERMANOS DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO ESPAÑOL

Sumario: 4.1 El derecho del menor a no ser separado de sus hermanos en los divorcios en España. 4.2 Ordenamientos jurídicos que protegen a la niñez en el Derecho Español. 4.3 La ponderación de derechos del menor respecto del interés superior de la niñez en España. 4.4 Las actuaciones de los operadores judiciales en los procesos de divorcio respecto a procurar no separar a los hermanos. 4.5 Aportes sobre la protección del derecho del menor a no ser separado de sus hermanos en México.

4.1 El derecho del menor a no ser separado de sus hermanos en los divorcios en España

En España en general, se encuentra reconocido el derecho de familia de los menores, por lo que los jueces velarán por el interés de los menores afectados, antes que los intereses de sus progenitores. Por tanto la idea de separación de los padres no implica la separación o divorcio de los hijos y cuando esto ocurre se debe estar plenamente convencido de que es la única solución factible cómo lo menos perjudicial para ellos.²⁰⁹

Es por ello que en el presente apartado es necesario llevar a cabo un análisis de cómo es que se lleva a cabo la protección de los menores a permanecer con sus hermanos en los ordenamientos jurídicos de España. El derecho de los menores a tener una familia se encuentra primeramente consagrado en el artículo 39 de la Constitución de España, y establece que:

- Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
- Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de

²⁰⁹ Carrasco Perena, Ángel y Ureña Martínez, Magdalena, *Lecciones de derecho civil. Derecho de Familia*, Madrid, España, Tecnos, 2013, p. 204.

las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

- Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
- Los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Ahora bien, por lo que respecta a los procesos de divorcio en España, uno de los perjuicios que sufren los menores tras la separación de sus padres es que dejan de convivir con ambos progenitores; sin embargo, si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos los perjuicios pueden ser mayores.

Por esa razón, el artículo 92.5 del Código Civil establece que:

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

Del artículo 92.5 del Código Civil se deriva el principio de que se procure no separar a los hermanos, principio que debe regir las medidas que se adopten por los tribunales a la hora de regular la situación de los hermanos; sin embargo, al contenerse en dicho artículo el termino *procurando*, la conclusión que se extrae, es que dicho principio no se erige como un imperativo legal, es decir, su aplicación no es obligatoria ni, mucho menos, automática.²¹⁰

La aplicación del principio de que se procure no separar a los hermanos se hará siempre teniendo en cuenta el interés del menor, pudiendo darse que lo más adecuado para los menores sea la separación de los mismos, en cuyo caso no procederá la aplicación del citado principio.²¹¹

²¹⁰ Ley 15 de 2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en España.

²¹¹ Sentencia de fecha 25 de septiembre de 2015, dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de Villa de Madrid, España, pp. 3-6.

En Madrid por ejemplo, el Tribunal Supremo sostiene que los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible, pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos. En los casos en que debe optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomará de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser la más beneficiosa para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral.²¹²

De acuerdo con las contradictorias con la sentencia dictada la sentencia del Tribunal Supremo de 7 junio 2013, 31 enero 2010, 25 noviembre 2013, 19 julio 2013, 29 abril 2013 y 17 diciembre 2012 las custodias de los menores y la separación de hermanos se aplica de acuerdo con el mayor beneficio del menor, puede ser objeto de revisión conceptual que se debe examinar si a la vista de los hechos probados la solución adoptada realmente se funda en ese beneficio del menor, pues en todo caso lo que tiene que recoger la sentencia es lo que resulte más beneficio para el mismo.²¹³

Tiene sostenido el Tribunal Supremo que los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos.²¹⁴

De acuerdo con este Código, en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles, se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario. En cualquier momento del proceso, concurriendo los

²¹² *Idem.*

²¹³ *Idem.*

²¹⁴ Sentencia de fecha 25 de septiembre de 2015, *op. cit.*, p. 6.

requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo.

En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio. Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.

Así pues, después de dar en breve recorrido por el proceso de divorcio en España la ruptura de la convivencia conyugal conlleva a que los progenitores dejen de vivir juntos pero no les exime de las obligaciones para con los hijos, de ahí que en España se ven con la obligación de establecer unas medidas en relación con los hijos relativas a la patria potestad, a la guarda y custodia y las relaciones personales. En estas medidas se prima sobre el interés de los hijos y su derecho a ser oídos sin olvidar que el juez antes de adoptar alguna de las decisiones respecto de los menores podrá recabar dictamen de especialistas, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.²¹⁵

Como dato de suma importancia, en España los progenitores deciden el modelo de guarda y custodia para sus hijos. Si existe un acuerdo, los progenitores proponen en la propuesta de convenio un sistema de guarda, considerado el más beneficioso para sus hijos, sin que ninguna modalidad de guarda tenga una preferencia legal frente a la otra. El juez, con independencia del sistema de guarda elegido (por las partes), valorará si dicha medida resulta más beneficiosa para los menores, adoptando las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido procurando no separar a los hermanos.²¹⁶

²¹⁵ Carrasco Perena, Ángel y Ureña Martínez, Magdalena, *Lecciones de derecho civil. Derecho de familia*, Madrid, España, Tecnos, 2013, pp. 203-204.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 205.

Para ello se recabará la información del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio, valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.

Finalmente debemos mencionar que en el país vasco, cuando se alude al derecho a las relaciones personales, se hace referencia al derecho que tiene todo menor a relacionarse con sus progenitores, o con otras personas con las que les unen lazos familiares o afectivos como hermanos, abuelos, parientes y allegados.²¹⁷

El legislador considerará que el menor también debe relacionarse con aquellas personas con las que se encuentra unido por fuertes vínculos familiares. Este derecho se establece en beneficio del menor con la finalidad de favorecer su desarrollo integral, ya que la presencia cercana de familiares y allegados puede resultar muy beneficiosa, ayudando al menor a asumir su nueva situación familiar de modo menos traumático.²¹⁸

Queda claro que en éste país está delimitado claramente dentro del interés superior del menor, el principio de que se procure no separa a los hermanos, cuando sus padres realizan un divorcio. Es comprensible para el juzgador en que situaciones debe considerarlo y en qué condiciones debe ponderar derechos para que los menores se encuentren protegidos respecto de su derecho de familia.

4.2 Ordenamientos jurídicos que protegen a la niñez en el Derecho Español

Si bien es cierto los menores, independientemente de su nacionalidad, raza o edad, gozan de derechos humanos, es una realidad que cada país adopta diversos ordenamientos para la protección de los mismos y a su vez los interpreta de manera que se adapten a la necesidades de sus menores.

Es por ello que en España en general, reconoce a los niños en los planos internacional, nacional y autonómico en los ordenamientos jurídicos vigentes.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 215.

²¹⁸ *Idem*.

Esto abarca desde el ámbito internacional hasta la legislación nacional, así como las de las colonias. La norma internacional más importante que orienta al resto de legislaciones, es la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, adoptada por el país desde el 30 de noviembre de 1990.²¹⁹

Posteriormente de la ratificación de la Convención, se desarrollaron en España, tres Protocolos facultativos: el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 que entró en vigor el 18 de enero de 2002); el relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 que entró en vigor el 12 de febrero de 2002); y el respectivo al procedimiento de comunicaciones (Resolución A/RES/66/138 que entró en vigor el 28 de mayo de 2012).²²⁰

La Convención reconoce que los niños son portadores de un conjunto de derechos, cuya satisfacción ha de ser garantizada por los Estados sin discriminación alguna, se indica en su Preámbulo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.²²¹

Reconocer a los menores como entes de derecho, resulta ser un acontecimiento fundamental para el desarrollo de las políticas de Bienestar Social del país, lo que ayudaría a consolidar las bases que permitan aspirar a una sociedad española futura más justa e igualitaria y, en particular, de una protección social más eficaz para el colectivo de la infancia.²²²

Para España, lo que aporta la Convención es la capacidad de recomponer, de acoger las normas adoptadas con anterioridad e integrarlas en un sistema coherente, así como la función de señalar las directrices en el marco

²¹⁹ Ocón Domingo José, “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Asuntos Sociales, Madrid, España, núm. 45, año 2003, p. 14.

²²⁰ Domínguez Martín Mónica. *et al.*, *Educación en Derechos y Ciudadanía Global. Los derechos, Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos Prácticos, propuesta informativa para los estudios Universitarios de Derecho*, UNICEF, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, España, 2011, p. 23.

²²¹ Convención sobre los Derechos del Niño..., *op. cit.*

²²² Ocón Domingo José, “Normativa internacional de protección de la infancia”, *Cuadernos de trabajo Social*, ISSN: 0214-0314, Granada, España, vol. 19, Universidad Complutense, Madrid, 2006, p. 113.

de las cuales se debe proceder a la adopción de nuevos instrumentos jurídicos, es un Convenio-Marco, referido al conjunto de los derechos del menor.²²³

En este país, un artículo icono de la Convención reconocido es el 20, que enfatiza que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Desde el ámbito europeo, se destaca la Resolución del Parlamento Europeo A4-0392, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992.²²⁴

El Parlamento, reconoce los derechos y libertades inherentes al niño y la influencia de la familia en el desarrollo y en la vida posterior de adulto; y respecto a las medidas de protección, se indica que: toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses (letra D, apartado 8.14).²²⁵

Con dicho Parlamento, en el país referido con anterioridad se asientan medidas de protección y la necesidad e importancia de que el niño sea oído, en función de su madurez, en todas las decisiones que le afecten, reconoce que todo niño deberá gozar de unos servicios sociales adecuados en el terreno familiar, educativo y de reinserción social, en el apartado 8.33.

Por lo que respecta al derecho interno de España, la Constitución de 1978 introduce una nueva concepción de los derechos y libertades de la infancia, por tanto, aporta derechos a todos y cada uno de los elementos o componentes de la estructura familiar y de las distintas responsabilidades con el colectivo infantil.

De acuerdo con el artículo 96.12 de la Constitución española, los artículos de las convenciones y tratados internacionales han sido incorporados automáticamente al sistema jurídico interno del país garantizando así la protección de los derechos de los menores. Por ende, los derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos del niño, pueden ser invocados por los

²²³ Díaz Barrado, M.C., Código sobre protección internacional de la infancia, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1998, nota introductoria.

²²⁴ Convención..., *op. cit.*

²²⁵ Vargas Gómez-Urrutia, Marina, *La protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco, Sistema Estatal DIF, Jalisco, México, 1999, p. 45.

particulares de manera directa frente a los jueces y tribunales españoles.²²⁶ El artículo 39.4 de la Constitución refuerza esta disposición, dando a los niños la posibilidad de aprovechar los derechos que los tratados les reconocen.²²⁷

Atañendo con nuestro tema de interés, el Título I, De los Derechos y Deberes Fundamentales resulta ser el terreno de la protección en el artículo 39, que recoge la protección económica, social y jurídica de la familia; así como la protección de los hijos por los poderes públicos con independencia de su filiación en su segundo párrafo; la obligación por parte de los padres de prestar la necesaria asistencia a los hijos durante la minoría de edad y especifica que: los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos ya que el niño es titular y sujeto portador de todos los derechos contenidos en este título.²²⁸

España cuenta también con la legislación estatal, son una serie de disposiciones garantizadoras de los derechos de los niños, tanto desde campo de la protección como de la reforma. A continuación se mencionan algunas de ellas: las Leyes 21/1987, de 11 de noviembre que se denomina la Ley de Adopción, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que supusieron una modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por el lado de la reforma, en la actualidad, es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores 4 entre 14 y 18 años, aunque, en ocasiones, también puede ser aplicada a los menores de 21 años.²²⁹

Para la protección en especial del menor resulta necesario citar a Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Esta ley replantea la situación del menor desamparado en el Derecho Privado Común. Es la encargada de integrar todas y cada una de las instituciones, figuras y

²²⁶ *Derechos del Niño en España*, Coordinadora de la Red SOS-Tortura, ISBN 2-88477-040-2, Informe sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en España, España, 2002, p. 7.

²²⁷ Art. 39.4 Constitución Española que establece: “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

²²⁸ Constitución Española de 1978.

²²⁹ Ocón Domingo José...*op. cit.*, p. 17.

entidades ya reguladas con detalle en la legislación administrativa autonómica; en concreto, los servicios sociales del menor.²³⁰

Esta ley es la encargada de resolver lagunas y problemas en relación con la adopción en específico en materia internacional y el acogimiento, a partir de la reforma del Código Civil producida por la Ley 27/87 de 11 de noviembre, junto con otras cuestiones del derecho de familia. La ley pretende ser, un código de derechos del niño. Así reitera, con mala técnica, la Convención de N.U. de 20 de noviembre de 1989 y otras disposiciones internacionales que son parte de este ordenamiento jurídico.²³¹

No menos importante resulta ser el Código Civil español, pues otorga derechos y obligaciones desde antes de nacer la persona hasta incluso después de su muerte, por lo que se ha configurado como la rama madre del resto de las ramas del derecho porque todas las demás en su contenido establecen las relaciones entre personas.

El Código Civil español ha sido reformado para tener una amplia protección de derechos a las personas, ha consagrado específicamente en los artículos: 92, 93, 94, 103, 154, 158, 170, y 172, de manera expresa reflejan el beneficio e interés superior de los menores, prevé la regulación de los derechos del menor que efectúan las diversas legislaciones autonómicas; preceptos todos ellos, en perfecta sintonía y conexión con otros ordenamientos jurídicos similares contenidos tanto en el Derecho comparado, como en los Convenios, Tratados y Pactos internacionales suscritos por el Estado español, muy en particular con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.²³²

La legislación autonómica en España también juega un papel importante en esta tarea de protección de menores, misma que se ha pasado a las Comunidades Autónomas, por tanto, en ellas se lleva a cabo dicha protección de acuerdo con la Constitución Española. Tienen la responsabilidad de la aplicación

²³⁰ Rivera Álvarez Joaquín, *La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes*, Cuadernos de Trabajo Social, núm. 10, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1997, p. 75.

²³¹ Rivera Álvarez Joaquín..., *op. cit.*

²³² Arce Fernández Irene, *Cuaderno Recopilatorio de Legislación relativa a Menores de Edad*, Consejería de Servicios y Derechos Sociales de Principado de Asturias, Asturias España, 2017, p. 42.

de las medidas impuestas por los juzgados de Menores, cuando algún menor, hayan incurrido en alguna conducta tipificada en el Código Penal como falta o delito.²³³

Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas aún no han promulgado una legislación específica de protección y atención al menor, la mayoría cuenta con una o varias, en concordancia con lo establecido en la actual Ley 1/1996 de ámbito nacional. Algunas de estas Comunidades son: Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura; Madrid, entre otras.²³⁴

Las Comunidades Autónomas que carecen de derecho civil propio se rigen por el Código Civil común. Actualmente, en materia de custodia, solo han desarrollado un derecho civil propio las comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra y Comunidad Valenciana. El resto de comunidades se rige por la normativa común, contenida en los artículos 90 y siguientes y, especialmente en la materia que nos ocupa, en el art. 92 del Código Civil, en la última redacción operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.²³⁵

Es sumamente ilustrativo revisar cada uno de los ámbitos legislativos que hemos recogido en materia de derechos de los menores, ya que sirven de guía para la contemplación de los principios rectores más modernos que han de marcar las actuaciones en defensa de los derechos de la infancia en nuestro país; son ordenamientos jurídicos base para una mejor administración de justicia.

²³³ Ocón Domingo José..., *op. cit.*, p. 18.

²³⁴ Bravo Barriga Shelia, "Protección jurídica e institucional del menor que comete delitos antes de los catorce años", *Derecho Civil Hoy Revista de Derecho Actual*, vol. II, ISSN: 2445-4001, Granada, España, 2016, pp. 100-107.

²³⁵ *Idem.*

4.3 La ponderación de derechos del menor respecto del interés superior de la niñez en España

Con anterioridad se había establecido una conceptualización del principio de ponderación en esta investigación; por tanto en éste apartado únicamente se abordará como se lleva a cabo la ponderación de derechos se da a partir del principio del interés superior del menor en España.

Partiendo de la aplicación del principio del interés superior de la niñez, es necesario conocer sus perfiles, para ello en un primer lugar nos detendremos en su caracterización, para pasar en segundo término a abordar los criterios determinantes a observar con el propósito de visualizar las medidas que mejor se acomodan a este derecho y así aplicar el principio interpretativo fundamental y terminar apuntando los posibles riesgos que derivan de su aplicación para el perjuicio del menor.²³⁶

La ponderación de derechos que se haga a la luz de este principio, es de suma importancia, puesto que se deben considerar todas las interpretaciones posibles que satisfagan en mayor medida las necesidades del menor. Por ende, toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior. Este es uno de los tres rasgos característicos de los que dota el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en su Observación General nº 14 a este principio, junto a que es un derecho sustantivo y una norma de procedimiento.²³⁷

Por su parte, la profesora Carmona Luque especialista, afirma que el interés de la niñez es “un principio esencial; interdependiente respecto al conjunto de derechos proclamados en la Convención y, de manera subrayada, respecto a los demás principios generales de ésta; exclusivo del niño;

²³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Observación General nº 14 *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, aprobada por el Comité en su 62º periodo de sesiones (de 14 de enero a 1 de febrero de 2013), Documento CRC/C/GC/14, http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf.

²³⁷ *Idem.*

armonizador; no absoluto; indeterminado; y dinámico”.²³⁸ Por lo que al interpretar y aplicar dicho principio, se deben respetar los derechos del menor como lo son: el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, el derecho a la prioridad, a la identidad, a vivir en familia, a la igualdad sustantiva, a la no discriminación, a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, entre otros.

Por tanto, el principio del interés superior de la niñez o *favor minoris* debe entenderse como un criterio de ponderación abierto y un principio necesario inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el menor, en los juicios y todas las actuaciones judiciales en las que se vea involucrado, así como en el ámbito administrativo.²³⁹

En España, la vigente Ley Orgánica 1/1996 señala en su artículo 2º, que en la aplicación de dicha Ley “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Además, esta supremacía del interés del menor queda configurada en esta norma como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos dentro del artículo 11.2. De otro lado, el Código Civil, en sus artículos 172-174. 4, señala que se buscará siempre el interés del menor y se hace alusión al mismo en diversos preceptos en los artículos: 173. 3 y 4, y 173 bis, con relación a la guarda y acogimiento de menores.

De igual forma, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 1826, fundamenta como principio finalista el interés superior del menor cuando señala que “el juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor” en el artículo 1826. Ya en el ámbito autonómico valenciano, el Decreto 93/2001, siguiendo a la Ley Orgánica 1/96, establece como principio rector de la actuación de la Administración Autonómica la supremacía del interés de menor “sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (art. 5.1.a), como podría ser el de las personas solicitantes de adopción de acuerdo con el artículo 63.a.

²³⁸ Carmona Luque, *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dykinson, S. L., Madrid, 2011, p. 104.

²³⁹ Bartolomé Cenzano, J.C., “Sobre la interpretación del interés...”, *op. cit.*, p. 50.

Sin embargo, para la ponderación de este principio resulta de difícil discernimiento pues se le concibe en España, como un concepto jurídico indeterminado que hunde sus raíces en el propio sistema garantista de su Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Referida la palabra sistema porque su sentido debe actualizarse continuamente a la realidad social en continuo cambio. Debe además formar parte, con apertura de criterios amplia, del complejo procedimiento de subsunción de la norma al caso concreto por parte del operador jurídico.²⁴⁰

Independientemente de la técnica que un operador jurídico elija para adoptar un parámetro de conducta, y a pesar de que en la mayoría de casos ordinarios no se tenga que tropezar con graves problemas en su aplicación, en ciertos momentos atendiendo a la naturaleza del asunto, existirán pautas indeterminadas denominadas de textura abierta, compuesta por áreas de conducta que deben ser desarrolladas de acuerdo a las circunstancias en relación a los intereses en conflicto, lo que significa que el legislador no puede conocer o establecer categorías o combinaciones perfectas para una aplicación ajustada a la mejor opción jurídica.²⁴¹

Doctrinalmente se ha afirmado pacíficamente que la técnica de ponderación de dicho concepto, se refiere a un ámbito de la realidad en el que los límites no se encuentran determinados, pero que se intenta precisar ante un hecho concreto, por tanto, la aplicación del concepto solamente permite una solución; pero ello requiere de un componente axiológico que será estimado del análisis del caso concreto, con todos sus matices, previa adecuación al ámbito jurídico.²⁴²

Para poder ponderar derechos de menores, se debe precisar lo que más le conviene de acuerdo a una situación concreta. Además, hay que reconocer que la fórmula del concepto jurídico indeterminado ofrece ventajas e inconvenientes: en lo que respecta al aspecto positivo se debe resaltar el hecho de que ofrece la posibilidad de adaptar el problema en cuestión al caso

²⁴⁰ *Idem.*

²⁴¹ *Ibidem*, p. 51.

²⁴² *Idem.*

específico que se pretende resolver, contexto que no impone al operador la obligación de actuar bajo parámetros determinados, sino que posee un campo de acción flexible que le permite valorar de acuerdo a las circunstancias la concreción del interés del menor, en función a las características intrínsecas de cada caso concreto.²⁴³ Esto puede tener como consecuencia en la existencia de inseguridad jurídica.

En este contexto, resultaría necesario tener una normativa exacta que concrete la aplicación del interés superior de la niñez, sin embargo, tal como se encuentra configurada la legislación española e internacional se utiliza la flexibilidad de la norma en la concreción de una situación concreta sin apartarse ni por un momento de los sistemas jurídicos positivos y principios generales para determinar las medidas.²⁴⁴

Si se apelare al máximo de los criterios jurídicos de ponderación fáctica, se pensaría que la solución será casi siempre la más ajustada a Derecho; y por lo general, sólo habrá una, pero las normas de la Constitución española no son completas ni perfectas, puesto que es difícil cubrir todas las situaciones jurídicas del ser humano y el derecho se va creando día con día, algunas situaciones ni siquiera podrán ser reguladas. La Constitución no codifica cada situación sino que únicamente regula en lo general aquello que parece importante y que necesita determinación; todo lo demás se da por supuesto tácitamente, o bien se confía al resto del ordenamiento jurídico su conformación y concretización.²⁴⁵

De acuerdo con Soledad Torrecuadra García Lozano, la correcta aplicación del bien superior de la niñez en aras a la estabilidad emocional del niño puede dirigirse a consolidar situaciones que tengan su origen en un fraude de ley o contrarias a ella, puesto que no siempre se mejora el bienestar del menor, al privilegiar ciertos derechos por otros. Por tanto, no siempre la aplicación del principio trae como consecuencia soluciones objetivamente justas,

²⁴³ Lizcano Amézquita Pedro Luis, “El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños”, *Derecho y Realidad*, núm. 24, II semestre, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, ISSN: 1692-3936, Colombia, 2014, pp. 334-335.

²⁴⁴ Bartolomé Cenzano, J. C..., *op cit.*, p. 52.

²⁴⁵ *Idem.*, p. 52.

bien al contrario, podría llevarnos a que esta protección vulnera los derechos reconocidos a otros o a resultados que parecen alejados del derecho.²⁴⁶

Finalmente es claro que en éste país, tienen claro que el interés superior de la niñez es de difícil interpretación puesto que los menores son de delicado tratamiento y sus necesidades son diversas, lo que se debe considerar por los jueces que tratan con menores.

4.4 Las actuaciones de los operadores judiciales en los procesos de divorcio respecto a procurar no separar a los hermanos

Como en México, la participación de un menor en los tribunales debe estar debidamente reglamentada, así como el actuar de los operadores jurídicos para que el menor se sienta en confianza y no se le vulneren sus derechos cuando acude ante estos, por tanto en la presente sección se analizará cómo es que se lleva a cabo en España.

Por tanto, el acceso a la justicia o derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido como un derecho fundamental en el artículo 24, de la Constitución de España que, puesto en relación con el derecho a la igualdad que establece el artículo 14, no admite ningún tipo de discriminación en el acceso a la Administración de Justicia derivada de una circunstancia personal como puede ser la edad. El artículo 53 al establecer los mecanismos de garantía de los derechos y las libertades fundamentales hace una referencia explícita al papel de los tribunales de justicia en este sentido.²⁴⁷

Para tener en claro quiénes son los individuos que forman parte de los tribunales que administran justicia para el menor, resulta necesario analizar algunos de elementos fundamentales del sistema judicial español son:

- Las normas básicas para la organización del sistema judicial español se encuentran en la Ley orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial.

²⁴⁶ Torrecuadra García-Lozano Soledad, “El Interés Superior del Niño”, *Revistas Jurídicas*, UNAM, vol. XVI, Enero-Diciembre, Madrid, España, 2016, p. 35, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/523/783>.

²⁴⁷ *Infancia y justicia: una cuestión de Derechos. Los niños y las niñas ante la administración de justicia en España*, Save the Children, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, España, 2012, p. 26.

- El órgano de gobierno de los jueces y magistrados en el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales es el Consejo General del Poder Judicial. Se encarga, entre otras cuestiones, de regular la formación de los jueces y del control disciplinario de su actividad.
- Los aspectos no jurisdiccionales del funcionamiento de la Administración de Justicia (en particular la formación y selección del personal, y la asignación de recursos materiales para su funcionamiento) corresponden al Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia (Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra, País Vasco y Valencia).²⁴⁸

Todos estos recursos y personajes, tanto la Ley como sus jueces y magistrados, deben estar comprometidos con la aplicación y el buen manejo de los derechos del menor, deben garantizar su pleno desarrollo y tener todos los medios para brindar la atención que el menor requiere, con ello asignar los recursos necesarios para su cuidado.

Conforme al principio de unidad familiar se debe mantener juntos a los hermanos, que salvo a que sea contrario a su beneficio y del interés superior de la niñez, en España la Constitución dispone de dos herramientas fundamentales para garantizar los derechos de los niños y las niñas ante la Administración de Justicia: una Ley orgánica de protección jurídica del menor y el Ministerio Fiscal para la plena garantía de la observación de los derechos de los niños y las niñas ante la Administración de Justicia.²⁴⁹ La unidad familiar es un concepto exclusivamente aquellas injerencias que producen la separación de un núcleo familiar ya formado en destino, lo que se debe hacer a la luz del interés superior de la niñez.²⁵⁰

La Ley orgánica de protección jurídica del menor En 1996, la aprobación de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor

²⁴⁸ *Infancia y justicia: una cuestión de Derechos...*, op. cit., p. 55.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 51.

²⁵⁰ Jastram, Kate, *Family Unity, Migration and International Legal Norms*, T. A. Aleinkoff, Asser press, The Hague, 2003, pp. 185-201.

traspone al derecho español los principios de la Convención sobre los derechos del niño y en el preámbulo consagra la voluntad del legislador de reconocer la titularidad del menor que se encuentran en el territorio español.²⁵¹

El Ministerio Fiscal El Ministerio Fiscal juega también un rol importante en la protección del menor cuando se enfrenta a un juicio, puesto que tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.²⁵² Para el cumplimiento de su misión con el menor, debe intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor.²⁵³

En la actividad del Ministerio surgen determinadas áreas de especialización. Los fiscales especialistas más vinculados a los procesos donde participan la infancia, son los fiscales de menores (competentes en los casos de menores de edad infractores y sobre los que se adopta una medida de protección) y de extranjería (competente en los procesos que afectan a la situación de los menores de edad extranjeros no acompañados).

Tanto los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimonial, como los de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de la infancia se regulan como procesos civiles especiales dentro de la Ley de enjuiciamiento civil (procesos regulados en los artículos 748 a 781). La especialidad de estos procedimientos radica, precisamente, en la participación en ellos del menor, buscando garantizar una atención especializada y una eficaz protección de sus derechos.²⁵⁴

²⁵¹ Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de España.

²⁵² Artículo 1 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de España.

²⁵³ Infancia y justicia: una cuestión de Derechos..., *op. cit.*, p. 56.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 59.

Esta especialización se lleva a cabo mediante una especialización de los actores que intervienen en el proceso. En la Ley orgánica del poder judicial se prevé la especialización dentro de los juzgados de la jurisdicción civil de los juzgados de familia, tribunales encargados de conocer de estos casos en los principales partidos judiciales, no en todos. Estos juzgados no constituyen una jurisdicción aparte, sino una especialización dentro del ámbito civil. En los partidos judiciales donde no existe esta especialización es el juez civil ordinario quien deberá conocer de estos procesos especiales.²⁵⁵

Como característica fundamental de los juzgados de familia se prevé la adscripción para su asesoramiento de un equipo técnico especializado, el cual está formado por un psicólogo y un trabajador social encargado de la evaluación de los contextos sobre los que la autoridad judicial debe emitir una resolución como se hace en los juzgados familiares de México.²⁵⁶

Sin embargo, muy por el contrario de lo que sucede en cualquier otro procedimiento de esta jurisdicción, las partes no pueden disponer libremente de sus pretensiones en el proceso, ni gozan de la posibilidad de alcanzar acuerdos extrajudiciales que, en cualquier caso, deben ser validados por la autoridad judicial. También, se le reconoce al juez un muy amplio margen de discrecionalidad que, a diferencia de lo que sucede en otro tipo de procesos civiles, le permite la propuesta y práctica de pruebas, así como la adopción de medidas que no hayan sido solicitadas por ninguna de las partes.²⁵⁷

La ley también prevé la tramitación preferente de estos procesos y la exclusión de la publicidad por la implicación en los mismos de menores de edad y que se garantice el máximo del interés superior de la infancia afectada, así como del resto de sus derechos. Se prevé la posibilidad de que ante un cambio de las circunstancias en base a las cuales se dictaron las resoluciones correspondientes, se pueda promover un proceso para la modificación de las medidas adoptadas.²⁵⁸

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 60.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 64.

²⁵⁷ Infancia y justicia: una cuestión de Derechos..., *op. cit.*, p. 65.

²⁵⁸ *Idem*.

En los casos de divorcio en donde deba resolverse sobre la atribución de la guarda y custodia y visitas del menor con consecuencias para su vida familiar, su derecho a ser escuchados para la adopción de las decisiones en los mismos no se encuentra regulada. En ningún caso su participación en el proceso debe equipararse a la de un testigo, y si bien su exploración puede resultar determinante para la adopción de una resolución, no existe en la legislación vigente ninguna pauta u orientación más allá de la previsión general de la asistencia a la autoridad judicial de asesoramiento técnico por parte de los equipos psicosociales.²⁵⁹

Finalmente cabe hacer mención que si bien en este país se reconoce el principio de unidad familiar reconociendo al menor su permanencia con sus hermanos, es claro que los menores en los procesos de divorcio no están tan protegidos como en México que incluso se creó un Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en los casos en donde se involucra un menor, por tanto se hace notar que algunos países tenemos avances en materia de derechos mientras que otros hacen otro tipo de avances, pero ninguno tiene cabal reconocimiento de todos en la totalidad.

4.5 Aportes sobre la protección del derecho del menor a no ser separado de sus hermanos en México

Toda vez que se han analizado las diferentes vertientes respecto del derecho del menor a la familia, y en particular a permanecer con sus hermanos cuando pasan por un proceso de divorcio; resulta necesario establecer algunas propuestas que garanticen, aunque no plenamente, la protección de este derecho.

En el ámbito Ejecutivo y Legislativo:

1. La primera de ellas sería la implementación de políticas públicas, programas y acciones que estén destinadas a la protección del interés superior de la niñez de manera real y tangible, destinándose recursos a

²⁵⁹ *Idem.*

la partida presupuestal, tales como instituciones específicas que protejan a la niñez y sus derechos.

2. Existe un diseño institucional que actualmente considera a la protección de los derechos del menor como algo que apenas se encuentra en construcción, por lo que se propone organizar realmente a las Instituciones para que cada una de ellas tenga establecido su real campo de acción respecto de la niñez.
3. La Comisión Nacional de Derechos Humanos vela y protege los derechos de todos los individuos, tiene políticas públicas que hacen que se protejan estos derechos y cuando se violenta alguno de estos derechos se emiten recomendaciones, que pretenden llamar la atención de la autoridad que lo violentó; sin embargo, en los juzgados, no existe un observador directo de los derechos de la niñez, por lo que se propone, que así como existen las tutrices y Ministerios Públicos pueda existir un funcionario que esté al tanto de esto, en específico, en los juzgados donde se lleven a cabo procesos de divorcio y se haga necesaria la presencia de un menor.
4. Existe en nuestro país la Comisión de los Derechos humanos que protege todos los derechos de todos los individuos en general, sin embargo por ser el único organismo encargado para ello, se ve en ocasiones rebasado por el cumulo de trabajo, se propone la creación de un Órgano rector que vele y coordine todos los movimientos interinstitucionales para la protección de los derechos humanos de la niñez.
5. Puesto que las legislaciones mexicanas respecto interés superior de la niñez suelen ser genéricas, se considera necesario que el Legislativo lleve a cabo las modificaciones necesarias que permitan que el campo de protección de los derechos del menor sea más amplio, incluyendo la consideración del ámbito antropológico, sociológico, político, cultural, afectivo, psicológico, etc.

6. México cuenta con 22 entidades federativas que han puesto en marcha la implementación de sistemas de protección de niñas, niños, y adolescentes de acuerdo con la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; su finalidad principal es que se realicen políticas públicas, desde el más alto nivel gubernamental, hasta los ayuntamientos; sin embargo, a la fecha sólo son generalidades y no existen políticas e instituciones que de manera real y tangible se pueda acudir para que los menores tengan protegidos sus derechos, un ejemplo de esto es el estado de Michoacán. Por lo anterior se propone la creación de Instituto del Menor en Michoacán, como una entidad encargada de promover, difundir y proporcionar servicios que permitan el pleno desarrollo del menor.
7. Los menores poco conocen sus derechos, si no es por lecturas o cosas que aprenden en los medios de comunicación, por lo que se propone la creación de estructuras participantes de los menores en las entidades, a las cuales puedan asistir a talleres y cursos de aprendizaje para detectar violaciones de derechos.
8. En las escuelas anteriormente existan programas de educación cívica y ética, ahora es nulo el conocimiento de esto para el menor, por lo que se propone la creación de programas escolares que contengan conocimientos de derechos, mecanismos para presentar una queja, denuncias y la exigibilidad de sus derechos.
9. No menos importante es por parte del Estado, que los presupuestos económicos anuales pudieran tener mayor asignación en materia de derechos humanos, puesto que se necesitan órganos que presten servicios de verdadera tutela de aplicación, y capacitaciones a los padres de menores para que estén en condiciones de denunciar alguna violación u omisión de derechos del menor, por parte del Estado.

En ámbito judicial:

1. Debido a que el derecho no es una entidad estática, sino que constantemente se está transformando y adecuando a las nuevas situación y condiciones de la vida de las sociedades, se propone la implementación de cursos, no solamente de actualización jurídica, sino de carácter interdisciplinar, para que puedan comprender las diversas aristas que comprenden a un ser humano cuando aplican el derecho y emiten sus sentencias.
2. En este mismo orden de ideas, y una vez analizado el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en los casos que afecten a niñas, niños y adolescentes se propone que se incluyan medidas que conminen a estos sujetos a tomar en cuenta la menor como ente en su contexto psicológico, social, antropológico, cultural, afectivo, etc., toda vez que este protocolo sólo tiene un carácter sugerente de lo que se debe hacer y contiene medidas muy genéricas de lo que puede pasar con un menor en los tribunales.
3. Debido a que existen recursos como el de queja o de revisión dentro del proceso judicial, se propone la creación de un recurso de revisión contra autos que atenten o limiten los derechos del menor en los tribunales para que se subsane la violación en el momento preciso, justo antes de dictar la sentencia definitiva, que ayude a hacer efectiva la protección de derechos de la niñez.
4. Toda vez que el punto de partida de ésta investigación es el procedimiento jurídico en el que se ve involucrada la infancia, los divorcios deben ser procedimientos en donde se coloquen el ejercicio de todos y cada uno de los derechos que como requisito permitan el sano desarrollo del menor, por tanto se propone que de forma oficiosa se exija a todo servidor público el establecimiento de obligaciones adicionales a las ya conferidas por la ley para que accionen con todo aquello necesario para el resguardo integral de los derechos de la niñez.

5. La presente investigación arrojó como resultado que el goce y disfrute de los derechos de la niñez en nuestro país es diferenciado y depende de muchos factores que se pueda dar su pleno cumplimiento por lo que se propone que los operadores jurídicos de los tribunales familiares se les exija que se analice a la luz de la ley cada caso y en particular que tengan la obligación de considerar la no separación de hermanos en un proceso de divorcio, y que sea obligatorio que antes de dictar la custodia provisional se haga una audiencia con menores para que el juez pueda tener una perspectiva real de la situación familiar en la que se encuentran y así poder llevar a cabo el desarrollo del divorcio.
6. Toda vez que no existe una real interpretación del interés superior de la niñez y su aplicación queda a criterio del juez, resulta necesario la urgente formación y capacitación de los servidores públicos que interactúen con niños. Las procuradurías, fiscalías, y los juzgados deben elevar el estándar de capacitación de su personal para poder responder a las nuevas exigencias que surgen día con día para la aplicación de derecho que afecte a la niñez.
7. Es claro que la cifra de divorcios en México va en aumento, y que muchos de los matrimonios que han iniciado este proceso tienen más de dos hijos; sin embargo, no existe un registro real de cuantos menores resultan afectados cuando son separados de sus hermanos como consecuencia de del divorcio de sus progenitores. Por lo que el Estado debe reforzar la supervisión a los juzgados e instituciones que deciden sobre el futuro de la niñez, exigiéndoles que cumplan con los estándares vigentes para el correcto desarrollo del menor, por lo que se propone, la generación de una base de datos que contenga la estadística relativa a ésta realidad de los menores, la cual reflejaría si en realidad el menor quedaría en un estado de reinserción familiar o si sólo se beneficia a sus padres, reflejando la magnitud del problemática de hermanos separados por jueces.

8. Finalmente se propone que en los juzgados exista un sistema de protección que garantice que se monitoree a los procedimientos familiares en los que se ven involucrados menores, y que de acuerdo con los protocolos establecidos, se puedan hacer observaciones cuando se advierta que exista alguna violación de derechos o acto en detrimento del menor.

CONCLUSIONES

Al llegar al final de esta investigación, se deja en claro que México, a lo largo de su historia jurídica, ha buscado preservar, por medio de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la defensa de los derechos humanos de todas las personas y que las niñas, niños y adolescentes no son la excepción, ya que son personas que cuentan con derechos, los cuales no pueden ser vulnerados, ni tratados a la ligera por sus padres, por los juzgadores o por alguna otra figura del Estado.

Con la presente investigación se comprobó la hipótesis, planteada inicialmente, de que los menores tienen el derecho a vivir con su familia y a que les sea reconocido el derecho a vivir con sus hermanos durante el tiempo que dura el proceso de divorcio en el que se ven involucrados sus padres.

Además se dejó en claro que este derecho se vulnera cuando el Estado generaliza la interpretación de la figura del interés superior de la niñez en su praxis operativa en materia de divorcios, limitando la convivencia provisional de los menores para que ésta se dé beneficiando sólo a sus progenitores, sin considerar las relaciones fraternales del menor, hasta en tanto se dicte la sentencia definitiva en algunos casos, lo que puede tener como consecuencia, la afección del pleno desarrollo del menor.

De igual forma se corroboró, que una vez analizados y puntualizados los ordenamientos jurídicos que protegen a la niñez en el ámbito, estatal, nacional e internacional, existen formas de amparar a los menores que se encuentran inmersos en este tipo de condiciones, mediante la promoción de un amparo de garantías, presentado ante la Suprema Corte de Justicia, citando los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Otra de las aportaciones que se obtuvieron con el desarrollo de la presente investigación es que los menores están en posibilidades de obtener beneficios, cuando les sea garantizado, por parte de Estado, el derecho a no ser separados de sus hermanos durante el periodo de divorcio de sus padres. Entre los beneficios a los cuales pudieran acceder se pueden enunciar los siguientes:

desarrollo pleno de su personalidad, así como habilidades y talentos; un ambiente propicio para formarse en medio de una atmósfera familiar desde el ámbito social; afianzar su pertenencia a una comunidad, asumiendo los valores que en ella se viven, generando así en los menores, mejores condiciones de crecimiento físico, intelectual, emotivo y moral.

Dentro del marco de cumplimiento de los objetivos propuestos para el desarrollo de la presente investigación se puede afirmar que se cumplieron cabalmente, puesto que se comprobó que en México, hasta este momento, no existe un lineamiento jurídico que específicamente garantice que se protege el derecho de los menores a no ser separados de sus hermanos en los procesos de divorcio. Además, dicho derecho, no se abarca en los juzgados familiares aun cuando existen protocolos de actuación para personas que imparten justicia en los casos donde se ven involucrados algunos menores.

La niñez debería ser una de las etapas más hermosas de la vida del ser humano y por lo mismo, debería estar preservada en todos sus ámbitos de desarrollo por parte del Esta, como es el caso de España, que en materia de derecho familiar, prevé que los jueces velen por no separar a los hermanos al decretar la guarda de los menores en los divorcios. Este paradigma jurídico, también podría servir como base para ser implementado en México en el nuevo Código Familiar Federal, ya que generaría mejores condiciones de desarrollo para los menores.

A modo de comentario y reflexión, en mi experiencia, es importante destacar que si bien es cierto, los padres están en su derecho de divorciarse, esto no exime a sus hijos de padecer las consecuencias de la toma de tales decisiones, y es que no son pocos los menores que se sienten confundidos y que resultan afectados por este tipo de decisiones y los procedimientos jurídicos en los que se ven involucrados.

Sin duda que la presente investigación no agota todas las aristas relacionadas con el derecho de los menores a no ser separados de los hermanos, ya que se centra en el momento del proceso de divorcio, pero quedan otras situaciones pendientes para profundizar quizá, como parte de otras

investigaciones, como son: custodia compartida, los casos de menores que son dados en adopción a personas extranjeras o que viven en otros países, o cuando los progenitores, simplemente se separan y hacen un reparto acordado de sus hijos. Y es que cualquier ruptura a la unidad familiar con vistas a un proyecto de vida ya trazado a futuro, implica afectación de los menores y merma su desarrollo integral, por lo que la valoración del derecho del menor a no ser separado de sus hermanos, constituye como un paradigma de protección de derechos humanos. Por otra parte, los resultados de la presente investigación arrojó que no existen un concepto unívoco de familia, ya que día a día, se van generando distintos modelos de familia; sin embargo, el vínculo de relación fraternal entre los menores no se disuelve genéticamente, aun cuando existiera alguna resolución judicial, por lo que valdría la pena que los juzgadores integraran, una visión interdisciplinar como parte de sus criterios para la emisión de sentencias.

A manera de recomendación, esta tesis nos arroja que en la *praxis* jurídica del país se tienen grandes áreas de mejora, que deben ser abordadas, ya que no se trata sólo de proveer a los menores de un techo y comida, sino que no debe dejar de cuidar el valor del interés superior de la niñez en todos los ámbitos de la vida humana: psicológico, moral, social, espiritual, legal, nutricional, económico, político, considerando también el derecho de los menores a no sufrir alteraciones en su vínculo fraternal y su esfera familiar.

Otra aportación, a cual se allegó es que una vez analizado el marco jurídico en torno a los derechos de la niñez, es que la Constitución mexicana es muy genérica respecto a la aplicación del interés superior de la niñez. Además, sus leyes secundarias sí deberían ser más específicas respecto a la protección y el desarrollo pleno del menor, ya que es una figura de ponderación muy amplia, por lo que se sugiere que exista una delimitación de derechos protegidos que facilite a los jueces la interpretación de este principio, para que pueda ser aplicado en los procesos de divorcio.

Sería importante potenciar el papel que tiene el Estado de frente a los menores, ya que éste cuenta con una misión esencial que no debe ser tomada a

la ligera, siguiendo fórmulas que no contemplan la profundidad y las implicaciones de cada caso, ya que se trata de la vida de personas y no sólo de un caso más al cual hay que darle carpetazo.

El Estado cuenta con instituciones que pueden protagonizar una verdadera preservación del interés superior de la niñez, estableciendo redes y lazos de sinergia que garanticen una atención profesional para el cuidado de los menores.

Por otra parte, esta atención no debería ser sólo para la cabecera de las entidades federativas, sino para que los niños de México, en general, cuenten con la garantía real y la seguridad de un Estado que les valora como los ciudadanos con plenitud de derechos acordes a su edad.

No son pocos los claroscuros que la ley debería regular para atender diferentes situaciones que por hipotéticas que parezcan, no significa que no se darán en la *praxis* y que al ser ponderadas *ad casum* no siempre se resuelven a cabalidad bajo la óptica de protección del interés superior de la niñez.

No son pocas las parejas que no pueden procrear y que desearían contar con la riqueza de tener hijos en casa e invierten grandes sumas de dinero para lograr este propósito, pero como bien se dice, el dinero no da todo, y a los menores no siempre les basta tener la seguridad de una manutención económica, sino que en la esfera afectiva, hace falta el amor, el cariño y la fortaleza que sólo la familia puede proporcionar, haciéndolos capaces de ser individuos que se inserten en el tejido social, como hombres y mujeres de bien, capaces de conducirse conforme a las reglas que rigen la vida de los mexicanos y de toda sociedad humana.

FUENTES DE CONSULTA

I. Bibliográficas

- Álvarez de Lara, Rosa María, Coord. *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, T. 1, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Aranguren Gonzalo, Luis, *Solidaridad: la nueva ternura. Claves y propuestas educativas*, México, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, 2006.
- Arce Fernández Irene, *Cuaderno Recopilatorio de Legislación relativa a Menores de Edad*, Oviedo, España, Gobierno del Principado de Asturias. Consejería de servicios y derechos sociales, depósito legal: AS-00378-2017, 2017.
- Atienza, Manuel y L. Vigo Rodolfo, *Argumentación constitucional. Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2014.
- Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz, *Los derechos de la infancia*, Porrúa, México, 2017.
- Baquiero Rojas, Edward y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, 2ª. ed., México, Oxford, 2013.
- Beneyto, J., *Historia social de España e Hispanoamérica*, Madrid, España, Ed. Aguilar, 1973.
- Bohannan Paul y Bernard Jessie, *Divorce and after*, Doubleday Garden City, New York, Libros de anclaje, 1970.
- Bonifaz Alfonso, Leticia, *La evolución de los derechos de niñas y niños a partir de la Constitución de 1917*, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.
- Bossard, J. H. Y Boll E. S., *Sociología del desarrollo infantil*, Madrid, España, Aguilar, 1969.

- Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S L R. 18° edición, 2008.
- Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004.
- Carmona Luque, *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, España, Dykinson, 2011.
- Carrasco Perena, Ángel y Ureña Martínez, Magdalena, *Lecciones de derecho civil. Derecho de Familia*, Madrid, España, Tecnos, 2013.
- Carreño King, Tania, *Infancia y revolución*, México, CONACULTA, Colección Suma Mexicana, 2010.
- Chávez Ascencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1990.
- Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en la América*, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, UNICEF, OEA/Ser.L/V/II, doc. 54/13, Washington, 17 octubre 2013.
- Derechos del Niño en España*, Coordinadora de la Red SOS-Tortura, ISBN 2-88477-040-2, Informe sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en España, España, 2002.
- Díaz Barrado, M.C., *Código sobre protección internacional de la infancia*, Madrid, España, Ministerio de Asuntos Sociales, 1998.
- Domínguez Martín Mónica. *et al., Educación en Derechos y Ciudadanía Global. Los derechos, Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos Prácticos, propuesta informativa para los estudios Universitarios de Derecho*, España, UNICEF, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2011.

- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, México, Porrúa, 2008.
- Dulizky, Ariel., *Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos*. En Rodríguez Pinzón, Mart, D., *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, 2004.
- Esteinou, Rosario, *Algunas transformaciones de los modelos familiares urbanos, en varios autores. Memoria del taller: familias en transformación y códigos por transformar. Construyendo las propuestas políticas de mujeres para el código civil*, México, Yem, Grupo de Educación Popular con Mujeres, 1992.
- Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso parte general de personas, familia*. 21ª. ed., México, Porrúa, 2002.
- Garantía de derechos, Niñas, niños y adolescentes*, Washington D. C., Estados Unidos, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.166, Doc. 206/17, 30 noviembre 2017.
- Gargarella, Roberto, *Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia*, Argentina, SELA, Los Derechos Fundamentales, 2001.
- González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional, Contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- González Martín, Nuria, *Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México, Porrúa, UNAM, 2009.
- Guillen, José, *Urbs Roma, Vida y costumbres de los romanos III, Religión y ejército*, Salamanca España, Ediciones Sígueme, *Colección El peso de los días*, núm. 9, 1980.
- Hernández, Carlos Arturo y Jiménez Roncancio, *Robert Alexy y la ponderación en la corte constitucional*, Universidad Libre, Colombia, 2017.

- S.A., *Infancia y justicia: una cuestión de Derechos. Los niños y las niñas ante la administración de justicia en España*, Save the Children, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, España, 2012.
- Jastram, Kate, *Family Unity, Migration and International Legal Norms*, T. A. Aleinkoff, Asser press, The Hague, Cambridge University Press, 2003.
- Jiménez García, Joel Francisco, *Derecho de los niños*, México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura. UNAM, 2000.
- Le Goff, J. *Lo maravilloso y lo cotidiano en el Occidente Medieval*, Barcelona, España, Gedisa, 1985.
- Lizcano Amézquita Pedro Luis, "El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños", *Derecho y Realidad*, núm. 24, II semestre, Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, ISSN: 1692-3936, 2014.
- López Faugier, Irene, *La prueba científica de la filiación*, México, Porrúa, 2005.
- Nieto Castillo, Santiago, *La Constitución en la jurisprudencia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.
- Ollero, Andrés, *Derechos humanos entre la moral y el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, México, UNAM, 2007, núm. 372.
- Parentesco*. Temas Selectos de Derecho Familiar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, vol. 9, 2018.
- Pérez Contreras, María de Monserrat. *Derecho de familia y sucesiones*. México, Cultura Jurídica, 2010.
- Pérez Contreras, María de Montserrat, *Nuestros derechos. Derechos de los padres y de los hijos*, México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, UNAM, 2000.
- Perfecto, Andrés Ibáñez y Alexy Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.
- Sajón, Rafael, *Derecho de Menores*, 2ª. ed, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1995.

- Sánchez Mejía, María Eugenia, *Niños y adolescentes en abandono moral. Ciudad de México (1864-1926)*, México, INAH, 1986.
- Suárez Terán, Adolfo, *El estado en el cuidado de los menores*, Morelia, México, Grafidea, 1989.
- Vargas Gómez-Urrutia, Marina, *La protección internacional de los derechos del niño*, México, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco, Sistema Estatal DIF, Jalisco, 1999.
- Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016.
- Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, UNAM, núm. 274, 2017.
- Welt Chanes, Carlos, *¡Que familia! La familia en México en el siglo XXI. Encuesta nacional de familia*, México, Universidad Autónoma de México, 2015.
- Zicavo Nelson, *Parentalidad y Divorcio. (Des)encuentros en la familia latinoamericana*, San José, Costa Rica, ALFEPSI editorial, Producción colectiva desde la praxis de la psicología de la América Latina, 2016.

II. Hemerográficas

- Comité de los Derechos del Niño, *Observación General*, núm. 7, 2005, *Sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia y la observación general*.
- Bartolomé Cenzano, J. C. de, "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, núm. 3, septiembre de 2012.
- Bravo Barriga Shelia, "Protección jurídica e institucional del menor que comete delitos antes de los catorce años", *Derecho Civil Hoy Revista de Derecho Actual*, vol. II, Granada, España, ISSN: 2445-4001, 2016.

- El niño y el juez, y el interés superior del primero*, bimestral, núm. 30, México, Boletín del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, marzo-abril del año 2007, Séptima Época.
- Fernández Baz Noemí, “Los menores en los procesos de separación y divorcio”, *Miscelánea Comillas*, vol. 70, México, núm. 137, 2012.
- Ocón Domingo José, “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Asuntos Sociales, Madrid, España, núm. 45, año 2003.
- Ocón Domingo José, “Normativa internacional de protección de la infancia”, *Cuadernos de trabajo Social*, ISSN: 0214-0314, Granada, España, vol. 19, Universidad Complutense, 2006.
- Olavareta, Marcela, “La familia. Estudio antropológico”. *Familia hoy*, Madrid, España, UNED, 1976.
- Ripoll Karen, Carillo Sonia y Castro Jhon Alexander, “Relación entre hermanos y ajuste psicológico en adolescentes: los efectos de la calidad de la relación padres-hijos”. *Avances en Psicología Latinoamericana*, Bogotá, Colombia, núm. 1, vol. 7, enero-junio, 2009.
- Rivera Álvarez Joaquín, *La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes*, Cuadernos de Trabajo Social, núm. 10, Ed. Madrid, España, Universidad Complutense, 1997.
- Robert, Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, España, septiembre-diciembre 2002.
- Ruiz de Chávez V., y F., Enrique. “Del interés superior del menor”, *Revista El Mundo del Abogado*, núm. 142, México, Febrero, 2011.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Ministro Francisco H. Ruiz*, México, SCJN, Serie Semblanzas, núm.3, México, 2003.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar*, México, SCJN, 2010.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Procedencia del juicio de amparo, para impugnar una reforma a la Constitución Federal*, México, Serie

Decisiones Relevantantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no.17, 2011.

III. Legislativas

Código Civil Federal Vigente al 2018.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente al 2018.

Constitución Española del año 1978.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente en 2018, México.

Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada en México en septiembre de 1990.

Ley 15 de 2005 por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio en España.

Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de España.

Ley de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Michoacán vigente al 2018.

Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, diciembre de 2014.

Ley General de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, vigente al 2018.

Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor vigente al 2018.

Reglamento interior del sistema para el desarrollo integral de la familia michoacana, México, del año 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*, México, 2012.

IV. Jurisprudenciales

- Comité de los Derechos del Niño, Comentario General, núm. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General, núm. 5, *Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General no. 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, núm. 212. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, núm. 221.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la serie A, núm. 17.
- Sentencia de fecha 25 de septiembre de 2015, dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de Villa de Madrid, España.
- Tesis 1ª, 1284, *Tribunales colegiados de circuito*, Novena Época, Apéndice 1917, t. V, Civil Segunda Parte-TCC Segunda Sección-Familiar Subsección 1-Sustantivo, México, septiembre 2011.
- Tesis 1ª. CCXXX/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, México, octubre de 2012.
- Tesis 1ª. CXXLI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, México, julio de 2007.
- Tesis 1ª. CXXI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, I. IX, México, junio de 2012.

Tesis jurisprudencial, 2011199. III.2o.C.53 C (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 28, México, marzo de 2016, p. 1727.

Tesis XXI.1º.C.T.1 C (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, I, XXIII, México, agosto de 2013, t. 3.

Tesis: 1a. XXIV/2015 (10a).

Tesis: II.2o.C.520 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, abril de 2008.

Tesis: XXI.1o.C.T.1 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, enero de 2015.

V. Electrónicas

Álvarez, de Lara, Rosa María, *El concepto de la niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación mexicana*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, núm. 5, 2011, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/4>.

Bellamy, Carol, *Definición de la infancia, infancia amenazada, Estado Mundial de la Infancia 2005*, en <http://www.unicef.org/spanish/sowc05/childhooddefined.html>.

Carballo Alba, *La importancia de los hermanos desde la infancia a la vejez*, España, 2007, <http://www.guiainfantil.com/blog/familia/hermanos/la-importancia-de-los-hermanos-desde-la-infancia-a-la-vejez/>, Editora de Guialnfantil.com

Castillejos Cifuentes, Daniel A., *Análisis constitucional sobre el uso del término menor, y los de niños, niñas y adolescentes*, en Pérez Contreras, María Montserrat y Macías Vázquez, Ma. Carmen (coords.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/10.pdf>.

- Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en <http://www.observatoriosocial.com.ar/proyectos/proelinteres.pdf>
- S. A., *Derechos Humanos y Administración de Justicia*, México, 2015, <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/atencion/derechosHumanos.aspx>
- González Reguera, Elizabeth, *Guarda y Custodia del Menor*, Congreso Internacional de Derecho Familiar, Ponencia, Facultad de Derecho, UNAM, en <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-195s.pdf>.
- S. A., *Derecho de los niños a tener una familia*, GuiaInfantil.com, España, 2007, <http://www.guiainfantil.com/fotos/galerias/derechos-nino/derecho-tener-familia/>
- Hernández Abarca, Nuria Gabriela, *Los derechos de la infancia*, Cámara de Diputados, México 2009, H. Cámara de Diputados LX Legislatura, abril de 2009, <http://www.diputados.gob.mx/documentos/CEAMEG/3.%20derechos.pdf>.
- S. A., *La Convención sobre los Derechos del Niño*, España, 2015, <http://www.humanium.org/es/convencion-definicion/>
- Machicado, Jorge, *La familia*, La Paz, Bolivia: CED, Centro de Estudios de Derecho, 2009, http://jorgemachicado.blogspot.mx/2009/02/la-familia_19.html,
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Observación General n° 14 *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, aprobada por el Comité en su 62° periodo de sesiones (de 14 de enero a 1 de febrero de 2013), Documento CRC/C/GC/14, http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf.
- Presidencia de la República, *Los derechos de los niños*, México, 2013, <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/los-derechos-de-los-ninos-14212>

- Presidencia de la República. *Los derechos de los niños*, México, 2013, <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/los-derechos-de-los-ninos-14212>
- Reseñas argumentativas, Reseña del amparo en revisión 518/2013, *Interés Superior de la Niñez en caso de Adopción Internacional*, Primera Sala de Justicia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2017-04/res-AGOM-0518-13.pdf
- Rosas Torres, Damián Enrique, *Protección jurídica de la familia: Algunas consideraciones*, Estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial y de Familia, Lima, Perú, 2006. <http://www.ilustrados.com/tema/9840/Proteccion-Juridica-familia-Algunas-consideraciones.html>
- Sagarra Paramont, María Moncerrat, *El Ministerio Público y la familia*, UNAM, México, México, 2015, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/136/14.pdf>
- Sauri Suárez, Gerardo, *Las contradicciones de la reforma del artículo 4º constitucional, frente a la Convección de los Derechos de la Niñez*, México, 2000, <http://www.derechosinfancia.org.mx/Legislacion/legislacion6.htm>
- Sauri Suárez, Gerardo, *Las contradicciones de la reforma del artículo 4º constitucional, frente a la Convección de los Derechos de la Niñez*, México, 2000, <http://www.derechosinfancia.org.mx/Legislacion/legislacion6.htm>
- Torrecedra García-Lozano Soledad, “El Interés Superior del Niño”, *Revistas Jurídicas*, UNAM, vol. XVI, Enero-Diciembre, Madrid, España, 2016, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/523/783>.
- UNICEF. *Definición jurídica de niño/a*, New York, <http://www.amnistiatalunya.org/edu/es/menores/dh-inf-defin.html>.
- UNICEF. *El camino hacia la Convención sobre los Derechos del Niño*, en https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30197.html

UNICEF. *Proteger y convertir en realidad los derechos de la infancia*, México, 2007, http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protecting.htm

UNICEF. *Proteger y convertir en realidad los derechos de la infancia*, México, 2008, https://www.unicef.org/spanish/crc/index_protecting.html

Yubero, Florián, *Formas de vida de los niños en la Edad Media*, España, 2011. <https://www.lanavevawordpress.com>.

VI. Caso práctico

Juicio Ordinario Familiar sobre Divorcio Necesario y otras prestaciones, número 666/2013 del Juzgado Cuarto de lo Familiar, del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán.

ANEXO

Caso práctico que avala la violación del derecho del menor a no ser separado de sus hermanos

En el estado de Michoacán se cuenta con una trayectoria de claroscuros en el ejercicio de la búsqueda de la protección del interés superior la niñez, ya que se deberían contar con la garantía real de que en el momento que comienza el divorcio de sus padres, esto desde la primera audiencia donde se decreta la custodia provisional y hasta la sentencia.

El menor si está en condiciones debe expresar su decisión de permanecer o no con sus padres y quienes imparten justicia deben preservar los derechos del menor bajo la esfera del interés superior, los menores no se deben “repartir” sino que deben permanecer juntos para su pleno desarrollo aunque el juicio de sus padres dure hasta tres años esperando la sentencia.

Es por ello que resulta necesario insertar un caso real que pruebe que ocurren estos supuestos: es necesario establecer la situación en que se encontraba la familia que generó el Juicio Ordinario Familiar sobre Divorcio Necesario y otras prestaciones, número 666/2013²⁶⁰ del Juzgado Cuarto de lo Familiar, del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán.

La familia estaba compuesta de ambos progenitores y 5 hijos, menores de edad, de 3, 9, 11, 14 y 16 años respectivamente. Por diferencias nunca definidas, la esposa decide abandonar el hogar y llevarse con ella a la menor de sus hijas que contaba en ese tiempo con tres años de edad, dejando al padre con cuatro hijos a su cuidado. El padre decide interponer el divorcio necesario y reclamar la custodia de la menor de 3 años, ya que fue sustraída sin motivo alguno de su hogar por su madre.

En consecuencia el juzgado acepta la demanda, se decretan las audiencias de menores, se decreta la custodia provisional tal y como se encuentran separados los menores. Mientras transcurre el tiempo de que se

²⁶⁰ Juicio Ordinario Familiar sobre Divorcio Necesario y otras prestaciones, número 666/2013 del Juzgado Cuarto de lo Familiar, del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán.

decreta la primera audiencia de y se les agenda a los menores para poderles hacer las valoraciones psicológicas respectivas, la madre por su parte con la otra menor, renta cuartos en colonias lejanas de los otros menores.

Debido a que la madre trabajaba para obtener dinero, la menor de tres años se quedaba encargada con vecinos o en ocasiones en la casa sola e incluso se quedaba en su hogar de origen hasta por una semana completa, el juez jamás considera el peligro para la menor, ni toma en consideración que la menor se encuentra fuera de su hogar y fue separada de su familia únicamente por deseos de su progenitora.

Durante el procedimiento, las psicólogas, la tuitriz y el Agente del Ministerio Público adscritos a dicho juzgado, hacen manifestaciones, respecto a que la menor no debe vivir con su madre debido a que ahora se le ha comprobado una mala reputación y vivir con otros hombres y la menor. Por su parte consideran que su padre le ofrece un mejor ambiente de desarrollo integral en compañía de sus hermanos, bajo el cobijo de una familia, a lo que el juez hace caso omiso por dos años.

La menor de ahora cinco años hace manifestaciones en las entrevistas con las psicólogas y tuitrices de querer vivir con su padre y hermanos pero está consideración no se considera para la sentencia final, a pesar de que con su madre pasaba hambre y carencias.

Finalmente se dicta sentencia de convivencia entre los menores y sus progenitores, pero se ignora la convivencia de la menor con sus hermanos. El juzgado jamás tomó en consideración el derecho de estos menores a permanecer en familia y el de la menor a no ser separada arbitrariamente de sus hermanos, ni del padre que era la mejor opción para salvaguardar el interés superior de los menores, especialmente de esta pequeña de apenas 5 años de edad.

La sentencia final de fecha 27 de octubre del año 2015, no consideró el deseo de la menor de vivir con su padre y hermanos, que manifestó en la audiencia donde fue escuchada (contaba ya con 5 años de edad), ni las evidencias de los asesores psicológicos y de su tuitriz, así como del ministerio

público, dando un fallo a favor de la madre, quien nunca expresó el motivo por el que separaba a la menor de sus hermanos; lo que demuestra la vulnerabilidad del interés superior del menor y esta separación se prolongó para la menor por más de dos años en detrimento de los daños que le pudieron haber provocado.

Cabe señalar que para formular la siguiente sentencia, el juzgador argumentó que tanto el padre como la madre de los menores, tenían solvencia económica, ambos se quedarían con los menores que tenían al inicio del proceso, ignorando el interés superior de la menor, y resumiéndolo únicamente a dinero; sin considerar las necesidades afectivas de la menor, entre otras cosas.

La sentencia quedó de la siguiente forma expresada en algunos puntos resolutivos:²⁶¹

PRIMERO. Este órgano jurisdiccional ha resultado competente para conocer de este juicio.

SEGUNDO. El actor E I C, justificó los hechos constitutivos de su acción de estado civil que sobre divorcio necesario ejerció frente a M Á I G, quien no demostró sus defensas.

TERCERO. Se declara procedente la acción que sobre divorcio necesario promovió el referido I C frente a la citada I G.

CUARTO. Se decreta la disolución del vínculo matrimonial que une a las partes en este juicio, recuperando ambos su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, tan luego cause ejecutoria este fallo. Una vez que cause ejecutoria esta determinación, por los conductos legales correspondientes, remítase copia certificada de las constancias conducentes al Oficial Primero del Registro Civil de esta ciudad, para que levante el acta de divorcio y haga las anotaciones marginales de ley en la partida de matrimonio; asimismo informe a los Oficiales correspondientes para que realicen las anotaciones necesarias en las actas de nacimiento de los divorciados.

QUINTO. Se determina que ambos padres continuarán ejerciendo la patria potestad respecto de sus menores hijos.

²⁶¹ Los nombres de las partes controvertidas en el presente juicio, así como el de los menores, se han omitido, para la protección de sus datos personales.

SEXO. Corresponde a E IC ejercer la custodia definitiva sobre sus descendientes D P y C, ambos de apellidos Ibarra Inocencio; y se reconoce el derecho de éstos a convivir con su progenitora, atento al régimen determinado en este fallo. Igualmente, corresponde a M Á I G ejercer la custodia definitiva de su hija A E I I; y se reconoce el derecho de ésta a convivir con su progenitor, atento al régimen determinado en esta resolución.

SÉPTIMO. Se ordena a las partes del presente juicio acudan a terapia psicológica, en términos del considerando relativo.

En noviembre del mismo año se apela la sentencia por considerarse que atenta contra la integridad de la menor hija de ahora 6 años de edad por lo que en enero del año 2016, se turnan los autos a la Novena Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, para que conozca del Recurso de apelación.

En abril del año 2016, se recibe comunicado del Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del décimo Primer Circuito, mediante el cual se informa:

...que se tuvo a esta autoridad rindiendo informe justificado, y por otro lado que se desechó por improcedente la demanda de garantías que formuló el quejoso. OTRO ACUERDO: Se recibe comunicado del Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del décimo Primer Circuito, mediante el cual se informa que se recibió el toca de apelación y el expediente respectivos y asimismo que se desechó por improcedente la demanda de garantías que formulo el quejoso.

En la actualidad la menor de ahora 8 años de edad, vive con su padre porque con la madre carecía de alimentos, tiempo y cuidados para con la menor. Es claro que para estos menores el acceso a la justicia dejó un sinsabor que les generó incertidumbre por los riesgos a los que estuvo expuesta su hermana por una sentencia que consideró a la madre idónea para tener a la menor de entonces 5 años y más aún un padre que se le negó el amparo de la protección de derechos por considerarse que no se le violaba ningún derecho.

