



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

“EXTRALIMITACIÓN PROTECTORA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: LA PREVALENCIA DE LA IDENTIDAD FILIATORIA FRENTE A LA VERDAD BIOLÓGICA EN EL DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD, UN ESTUDIO DE CASO”

T E S I S

PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO
CON OPCIÓN EN PROCESAL CONSTITUCIONAL

PRESENTA:
LICENCIADA EN DERECHO
TANIA AVALOS ZETINA

ASESORA DE TESIS:
DOCTORA EN CIENCIAS DEL DESARROLLO REGIONAL
PERLA ARACELI BARBOSA MUÑOZ

MORELIA, MICHOACÁN. SEPTIEMBRE DE 2018.



A la memoria de mi madre:

† *Patricia Zelina Guzmán*

*Tu recuerdo sigue alimentando
mis ganas de no rendirme jamás;
Permaneces, siempre”.*

AGRADECIMIENTOS

A la *División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*, que con generosidad ha abierto sus puertas sin distinción a todo aquél que acude ayuno de conocimientos para enfrentar la vida en la insaciable búsqueda de mejores horizontes.

En el umbral de lo que configura el corpus definible de esta investigación, con especial dilección a mi asesora de tesis: Doctora *Perla Araceli Barbosa Muñoz*, quien ha nutrido mis disquisiciones con generosidad y templada sensibilidad, virtud de su admirable compromiso profesional, a quien entrego el testimonio sempiterno de mi agradecimiento.

A la Doctora *Emilia Ramos Valencia* y al Maestro *Marco Antonio Nambo Pérez*, profesionistas excepcionales amén de su experiencia y capacidad intelectual; la generosidad de sus conocimientos ha sido un ansiado soplo de aire en el vuelo de la vida, permanentes poseedores de la prestancia docente.

A mi maestro de vida: Licenciado *José Arturo Hernández Rodríguez*, ser del intelecto y del espíritu, no afecto a laureles, sí forjador de ellos, mi gratitud eternamente.

A mi *padre, hermanos y sobrinas*: la fuerza motriz que me inspira siempre en la búsqueda de mejores cumbres, mi razón de ser y refugio permanente.

Al *amor de mis días*, por la generosidad de su presencia en mi vida al ser incondicionalmente el camino hacia nuevos pasos: mi amor y gratitud por siempre.

A mis *amigas y amigos*, los de ayer, los de hoy, los de siempre; a quienes en la distancia no olvido y a mi lado permanecen como báculo de fortaleza y esperanza.

“Que las manos que dan, siempre reciban”...

ÍNDICE

	Página
Agradecimientos.....	III
Resumen / palabras clave.....	VII
Abstract / keyboards.....	VIII
Introducción.....	IX
CAPÍTULO I. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	13
1.1. El Interés Superior del Menor: significado, alcances y funciones normativas	13
1.2. Criterios para determinar en qué consiste el Interés Superior del Menor.	17
1.3. Teorías que influyen en la resolución de conflictos judiciales donde intervienen menores de edad.....	19
1.3.1. Teoría del paternalismo jurídico.....	21
1.3.2. Inclusión de usos y costumbres.....	24
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	27
2.1. Sistema Universal	27
2.1.1. La Declaración de Ginebra de 1924	27
2.1.2. El Decálogo de los Derechos del Niño de 1927 y el Instituto Interamericano Del Niño (IIN)	28
2.1.3. La Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959	29
2.1.4. Carta Latinoamericana sobre los Derechos del Niño de 1988.....	31
2.1.5. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1989.....	33
2.2. Sistema Interamericano	35
2.2.1. Sentencias relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de niñas y niños	37
2.3. Sistema Nacional	37
2.3.1. Los artículos 4º y 73 de la Constitución Mexicana.....	38
2.3.2. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA)	40

2.3.3. Las reformas constitucionales de 2011 y los derechos humanos.....	41
--	----

CAPÍTULO III. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR 43

3.1. Las funciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la protección de los infantes	43
3.2. Formas de extralimitación protectora de la Suprema Corte De Justicia de la Nación en relación con el principio del Interés Superior del Menor.....	44
3.2.1. La prevalencia de la identidad filiatoria frente a la verdad biológica de los infantes en el desconocimiento de la paternidad	44
3.2.2. La caducidad de la acción en los juicios de desconocimiento de la paternidad.....	53
3.2.3. La identidad filiatoria y el derecho a la verdad.....	55

CAPÍTULO IV. ESTUDIO DE CASO RELATIVO A LA PREVALENCIA DE LA IDENTIDAD FILIATORIA FRENTE VERDAD BIOLÓGICA EN EL JUICIO DE DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD..... 59

4.1. juicio Ordinario Familiar número 326/2013 radicado en el Juzgado Primero de Primera Instancia en Materia Familiar del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán.....	59
4.2. Recurso de Apelación número I-329/2015 radicado en la Sexta Sala en Materia Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán	63
4.3. Amparo Directo número 89/2016 radicado en el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Primer Circuito en el Estado.....	70

CAPÍTULO V. PROPUESTA DE UN MODELO DE JUSTICIA FAMILIAR: DIMENSIONES DE ESTUDIO INSOSLAYABLE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE IDENTIDAD FILIATORIA Y VERDAD BIOLÓGICA DONDE INTERVENGAN MENORES DE EDAD 73

5.1 La dimensión científica	74
5.1.1 La ciencia jurídica	75
5.1.2 La lógica jurídica	76
5.1.3 La razonabilidad jurídica	77
5.2 La dimensión axiológica	81
5.2.1. Principio de proporcionalidad	83
5.2.2. Principio de ponderación	87

Conclusiones.....	91
Fuentes de información.....	94

RESUMEN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto asuntos de opinión e impacto social sin dotar de razonabilidad los procesos de decisión, sustentados en cuestiones de arbitrio unilateral, extralimitando con ello su función protectora respecto del Interés Superior del Menor, determinando a través de su función hermenéutica que frente al principio de verdad biológica debe prevalecer la identidad filiatoria que el menor ha consolidado en el tiempo, conculcando con ello graves afectaciones al particular justiciable, entre otras, la imposición de obligaciones alimentarias y las derivadas del estado civil de las personas, para con ello suplir las deficiencias del Estado Mexicano, como principal responsable de proporcionar a los menores de edad condiciones necesarias para su desarrollo integral en sociedad, justificando erróneamente el conflicto de principios constitucionales que surge con la génesis de tal prerrogativa, atendiendo a procesalismos jurídicos y sentimentalismos absurdos e inobservando los elementos del núcleo duro de la justicia familiar.

PALABRAS CLAVE

Interés Superior del Menor, Suprema Corte de Justicia de la Nación, verdad biológica, identidad filiatoria, desconocimiento de la paternidad, derecho a la verdad, filiación adoptiva, caducidad procesal, libre desarrollo de la personalidad, infantes, paternalismo jurídico, principios jurídicos, dimensión axiológica, dimensión científica.

ABSTRACT

The Supreme Court of Justice of the Nation has resolved issues of opinion and social impact without giving reasonableness to the decision processes, based on questions of unilateral arbitration, thus exceeding its protective function with respect to the Higher Interest of the Minor, determining through its hermeneutic function that in front of the principle of biological truth should prevail the filiation identity that the minor has consolidated over time, infringing with this serious affectations to the individual that is justiciable, among others, the imposition of alimentary obligations and those derived from the marital status of the persons, in order to replace the deficiencies of the Mexican State, as the main responsible for providing minors with the necessary conditions for their integral development in society, justifying erroneously the conflict of constitutional principles that arises with the genesis of such prerogative, attending to juridical proceduralisms and sentimentalism absurd and not observing the elements of the hard core of family justice.

KEYWORDS

Higher Interest of Minors, Supreme Court of Justice of the Nation, biological truth, filiation identity, ignorance of paternity, right to truth, adoptive filiation, procedural expiration, free development of personality, infants, legal paternalism, legal principles, dimension axiological, scientific dimension.

INTRODUCCIÓN

El 12 de octubre de 2011 se publicaron dos reformas constitucionales trascendentes para los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes: la primera al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que adicionó el principio del Interés Superior de la Niñez, y la segunda al artículo 73 del mismo cuerpo normativo, que facultó al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes. Esas reformas constituyeron un avance importante en el tratamiento de los temas de niñez y adolescencia, y permitieron la publicación de dos de las leyes generales más trascendentes en la materia: la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil (LGPSACDII), y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA).¹

Bajo este contexto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en uso de las atribuciones jurisdiccionales que le confiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre las que destacan: una función protectora, no solo de los derechos humanos (artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), sino también del régimen constitucional (artículos 103 fracciones II y III, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos); además de la función de hermenéutica, al estar facultada por el artículo 107, fracciones II y XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para emitir criterios interpretativos a través de tesis aisladas o jurisprudencia, de donde se desprende una evidente extralimitación a la protección del interés superior del menor, al resolver asuntos de opinión e impacto social donde intervienen menores de edad, sin dotar de razonabilidad los procesos de decisión, sustentándolos en cuestiones de arbitrio unilateral, extralimitando con ello su función protectora, pues a través de la emisión de diversas tesis aisladas, el máximo tribunal del país ha determinado que ante el desconocimiento de la paternidad, debe prevalecer la identidad filiatoria que el menor ha consolidado en el tiempo, por encima de su verdad biológica, es decir, si un justiciable ejercita la acción de desconocimiento de la paternidad, y

¹ Zariñan Martínez, Laura, *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 5, http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/lib_LeyGralCuidadoInfantil.pdf

seguido el juicio por los cauces correspondientes, acredita mediante la prueba pericial en genética humana, que el menor en cuestión no es su descendiente biológico, el juzgador que tiene a su conocimiento la causa, virtud a los pronunciamientos jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene la potestad de privilegiar la identidad filiatoria del menor, esto es, el derecho del niño a preservar la identidad consolidada en el tiempo, en función de sus relaciones familiares, sin ser descendiente biológico del justiciable, bajo el argumento de que, una vez establecida la filiación, surgen las relaciones de cuidado y crianza que corresponde a los padres y, además, las relaciones familiares con los parientes de cada uno de ellos;² de tal suerte que, el derecho a preservar la identidad en las relaciones familiares alude directamente al concepto de “posesión constante de estado de hijo”.³

Esta determinación conculca graves afectaciones al particular justiciable, entre otras, la imposición de cargas alimentarias en favor del menor, las derivadas del estado civil de las personas, respecto de la inamovilidad de los apellidos paternos en el menor y los lazos que lo vinculan con sus parientes, así como las cuestiones hereditarias, vinculantes a la inminente afectación al libre desarrollo de la personalidad del justiciable; no obstante, con esta derivación de obligaciones a una persona determinada, es evidente que el Estado mexicano busca suplir sus deficiencias, en cuanto principal responsable de proporcionar a los menores de edad, las condiciones necesarias para un desarrollo físico, psicológico y social de manera integral, justificando erróneamente el conflicto de principios constitucionales que surge con la génesis de tal prerrogativa.

Por lo anterior, se pretende generar un punto de reflexión que permita al lector determinar si el derecho a la identidad filiatoria debe o no, ceder frente al principio de la verdad biológica, considerando las afectaciones que se causan con la imposición de la obligación paterno-filial a una persona determinada, en el ámbito económico, del estado civil, del libre desarrollo de su personalidad, de la tutela

² Plácido Vilcachahua, Alex Fernando, *El derecho del niño a preservar la identidad en las relaciones familiares, en el sistema internacional de protección de los Derechos del Niño*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 3.

³ Según Jean Carbonnier, la posesión de estado de hijo es el carácter fáctico de las uniones familiares y los comportamientos cotidianos. Cfr. Carbonnier, Jean, *Droit civil. La famille*, Paris, Thémis, 1995, p. 369.

judicial efectiva contrafactual; pero más aún, desentrañar cuáles son las políticas públicas que realmente interesan al Estado mexicano, al tenor de una aparente preocupación por preservar el derecho a la identidad del menor y la conservación de las relaciones familiares; asimismo, determinar si desde una perspectiva fáctica, normativa y axiológica, es posible atribuir un hijo no biológico al particular justiciable, imponiéndole la calidad de padre y las obligaciones de progenitor, con el solo pronunciamiento del principio del interés superior del menor, mismo que se ha convertido en un testimonio fehaciente de excesivo garantismo.

Bajo este contexto el objetivo general de esta investigación consiste en determinar cómo se ha extralimitado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus funciones protectora y hermenéutica respecto del principio del Interés Superior del Menor y en relación con la prevalencia de la identidad filiatoria frente a la verdad biológica en el desconocimiento de la paternidad; lo anterior, se circunscribe a la utilización de un método de investigación deductivo, partiendo de conocimientos generales para llegar a conocimientos específicos, mediante el razonamiento lógico y las hipótesis que han sido planteadas, así como las leyes y principios validados y comprobados para ser aplicados a casos particulares.

De esta manera, el corpus definible de la presente investigación está conformada por cinco capítulos, que se integran de la siguiente manera:

En el *primer capítulo* se analiza el significado, alcances y funciones normativas del Interés Superior del Menor, destacando algunos criterios que han sido utilizados para determinar en qué consiste el aludido principio, haciendo especial énfasis en algunas de las teorías que intervienen en la resolución de conflictos judiciales donde intervienen menores de edad, como es el caso de la teoría del paternalismo jurídico y la inclusión de usos y costumbres.

En el *segundo capítulo* se hace un breve recorrido en los antecedentes históricos del principio del Interés Superior del Menor a través de tres sistemas: universal, interamericano y nacional, estructura que pone de manifiesto cuáles han sido los cimientos teórico-jurídicos para el reconocimiento e inclusión de los derechos de los infantes, desde el antecedente más antiguo -Declaración de Ginebra de 1924-, hasta la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y

Adolescentes y las reformas constitucionales en materia de derechos humanos en 2011.

En el *tercer capítulo* se hace un estudio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con el Interés Superior del Menor, desde el análisis de sus funciones protectora y hermenéutica, hasta las formas en que ésta se ha extralimitado en relación con el aludido principio, entre las que destacan: los criterios jurisprudenciales que han determinado la prevalencia de identidad filiatoria frente a la verdad biológica de los infantes, la caducidad de la acción en los juicios de desconocimiento de la paternidad y la identidad filiatoria en relación con el derecho a la verdad, demostrando así, la gravedad de las afectaciones que conculcan en el particular justiciable, esto es, el padre no biológico.

El *cuarto capítulo* contiene un estudio de caso relativo a la prevalencia de la identidad filiatoria frente a la verdad biológica en un juicio de desconocimiento de la paternidad, mismo que se analiza en cada una de sus etapas procesales, esto es, su génesis a través del Juicio Ordinario Familiar número 326/2013, el Recurso de Apelación número I-329/2015 y, finalmente el Amparo Directo número 89/2016, instancias que por razón de turno y competencia fueron radicadas en Morelia, Michoacán, y en virtud del cual se pone de manifiesto la evidente extralimitación protectora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al Interés Superior del Menor y, como consecuencia, la discrecionalidad abusiva por parte de los operadores jurídicos a la luz del aludido principio.

En el *quinto capítulo* contiene, a manera de propuesta, un modelo de justicia familiar que contempla dos dimensiones de estudio insoslayable para la resolución de conflictos entre identidad filiatoria y verdad biológica donde intervengan menores de edad. Estas dimensiones son: una científica, que comprende la ciencia jurídica, la lógica jurídica y la razonabilidad jurídica, y una axiológica, el principio de proporcionalidad y la ponderación. Pero además, se sugiere que dichas dimensiones formen parte del núcleo duro de la justicia familiar, de tal suerte que su análisis al momento de resolver un controvertido familiar prescinda de procesalismos jurídicos, sentimentalismos absurdos y responda a realidades sociales objetivas. El empeño en esta búsqueda podría ser insuficiente, pero no insustancial.

CAPÍTULO I. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

/SUMARIO. 1.1 El interés superior del menor: significado, alcances y funciones normativas 1.2 Criterios para determinar en qué consiste el interés superior del menor 1.3 Teorías que influyen en las resoluciones de los conflictos judiciales donde intervienen los menores de edad

1.1. El Interés Superior del Menor: significado, alcances y funciones normativas

Para determinar los alcances proteccionistas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el paradigma constitucional, referente al principio del Interés Superior del Menor, es necesario analizar su perspectiva conceptual, desde la hermenéutica hasta la apreciación deóntica.

Al analizar la naturaleza jurídica del Interés Superior del Menor, se advierte que diversos autores lo consideran un 'principio constitucional'. La identificación del concepto con una naturaleza jurídica determinada es de suma importancia pues su modo de operar dependerá de ello. Es así como, en caso de que el interés superior del menor sea un principio, su función estará limitada por la ponderación de los derechos en conflicto, lo que en la práctica significa que el juez deberá desarrollar su razonamiento lógico y cómo favorece cada derecho al interés del niño en concreto. Por el contrario, si se determina que es un derecho sustantivo, el interés superior tendrá aplicación directa y la prueba recaerá sobre él mismo.⁴

No obstante, la inexistencia de un consenso respecto a la naturaleza jurídica del principio del Interés Superior del Menor es perjudicial para los infantes, por proliferar la inseguridad jurídica e impedir un control adecuado de acuerdo a su modo de operar; bajo este supuesto estaríamos frente a un concepto jurídico indeterminado, en el sentido de que la medida completa para la aplicación del mismo en un caso particular no resuelve o determina con exactitud la propia ley que lo ha creado y de cuya aplicación se trata. Un error común y tradicional, de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la

⁴ Rivas Lagos, Emilia, *La evolución del interés superior del niño: hacia una evaluación y determinación objetiva*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, p. 27.

presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la administración de justicia con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta.⁵

En este sentido, la previsión de los conceptos jurídicos indeterminados se configura cuando la norma adopta fórmulas elásticas -como el Interés Superior del Menor-, es decir, expresiones que derivan de atribuciones conferidas por la ley, que integran estándares jurídicos de gran latitud,⁶ considerándose susceptible de control judicial, particularmente del control de razonabilidad.

Bajo estas consideraciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ejercicio de su función hermenéutica⁷ ha definido al interés superior del menor de la siguiente manera:

Es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de alguna persona menor de edad. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de niñas y niños, así como los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tratados Internacionales y Leyes de Protección de la Niñez.⁸

Por su parte, la Observación General No. 14, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en 2013 determinó que, el interés superior de la infancia es un derecho, un principio y una norma de procedimiento por las siguientes razones:

Es un derecho sustantivo de la niñez a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para resolver una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a la niñez. Es

⁵ García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, España, s.e., p. 172.

⁶ Linares, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo: arbitrio administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, p.18.

⁷ Como ha quedado precisado en líneas que anteceden, la tradición hermenéutica está encaminada a la comprensión e interpretación de una realidad o de un problema jurídico que cobra inusitada actualidad cuando el mundo del derecho se abandona a una concepción interpretativa del mismo, a la luz de las teorías estructurantes del derecho neo-constitucionalista y/o garantista. Castaño Zuluaga, Luis Ociel, "La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica", *Revista Opinión Jurídica*, Colombia, núm. 15, enero - junio de 2009, <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/105>.

⁸ Tesis: 1a./J. 18/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, marzo de 2014, p. 406.

una obligación intrínseca para los Estados nacionales, de aplicación directa, de aplicabilidad inmediata y que puede invocarse ante los tribunales. Es un principio jurídico interpretativo fundamental, toda vez que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de la niñez, y precisamente los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos establecen el marco interpretativo. Es también una norma de procedimiento, porque siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña, un niño o un adolescente en concreto o a un grupo de estas personas, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones positivas o negativas.⁹

En este sentido, destaca el trabajo de María Josefa Méndez Costa, quien ha profundizado en el rol de los principios jurídicos, específicamente en el derecho de familia. La autora concluye que los principios que emanan de la *affectio familiae* son principios en el sentido que señala Ronald Dworkin, esto es: “estándares que responden a una exigencia de justicia, pero con un fuerte contenido ontológico, en tanto que, coinciden con los derechos humanos fundamentales”.¹⁰

Dentro de la misma corriente se encuentra Miguel Cillero, quien comparte la visión anterior, pero destaca que el interés superior del niño no es simplemente un principio jurídico. Se aventura afirmando que es un principio jurídico garantista, en cuanto permite la resolución de conflictos de derechos y a la vez promueve su protección efectiva. Plantea la necesidad de establecer una discusión hermenéutica del interés superior del niño, con el objetivo de erradicar lo más posible la arbitrariedad y el paternalismo en la toma de decisiones, estableciendo un límite claro. No obstante, el autor se limita a señalar que, para lograr una máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño “siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa”.¹¹ Sin embargo, resulta lamentable

⁹ Zariñan Martínez, Laura, *op. cit.*, pp. 8-9.

¹⁰ Méndez Costa, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp.28, 29.

¹¹ Cillero, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, ponencia presentada en el “I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en San José de Costa Rica, del 30 de agosto al 3 de septiembre de 1999, p. 5.

que el autor no explique cómo se traduce en el caso concreto, la identificación del interés superior del niño con la naturaleza jurídica de un principio garantista.

Cecilia Grossman señala que es un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal interés en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso, luego explica que el mismo debe constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño. Agrega que más allá de la subjetividad del término interés superior del menor, éste se presenta como el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Por último a la hora de hacer valoraciones hay que asociar el "interés superior" con sus derechos fundamentales.¹²

Finalmente, D' Antonio expresa que se trata de un "standard jurídico" es decir un límite autónomo de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares, su naturaleza jurídica es la de un principio o regla aplicable, que en forma clara la define como "medida media de conducta social correcta".¹³

Asimismo, en relación con los alcances proteccionistas del Interés Superior del Menor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado lo siguiente:

El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos.¹⁴

¹² Grossman, Cecilia, *Significado de la convención de los derechos del niño en las relaciones de familia*, Argentina, SAIJ, 1993, pp. 1089-1090.

¹³ *Ibidem*, pp. 1090 y ss.

¹⁴ Tesis: I.5o.C. J/14, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011. Localizada bajo el rubro "Interés superior del menor. Alcances de este principio".

Además, se ha pronunciado respecto a la función normativa del principio del Interés Superior del Menor, afirmando que:

El interés superior del menor implica 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 Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño; así pues, está previsto normativamente en forma expresa y se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades; pero además, este principio constitucional cumple con dos funciones normativas: a) como principio jurídico garantista y, b) como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos de los menores.¹⁵

Por lo anterior, podemos concluir que, para que las decisiones judiciales puedan encontrar justificación a la luz del mencionado principio, es necesario que se reúnan algunas condiciones básicas: inicialmente, el Interés Superior del Menor en cuya defensa se actúa debe ser independiente de criterios arbitrarios y, por tanto, su existencia y función protectora no debe depender de la voluntad o veleidad de los operadores jurídicos; pero además, debe considerarse que se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio, debiendo demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el desarrollo armónico e integral del infante.

1.2. Criterios para determinar en qué consiste el Interés Superior del Menor

El Interés Superior del Menor no debe entenderse como un mandato abstracto de aplicación mecánica, sino que debe examinarse en el marco de las circunstancias específicas de cada caso concreto. Actualmente, son múltiples los criterios constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicados para

¹⁵ Tesis: 1a. CXXI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, junio de 2012. Localizada bajo el rubro "Interés superior del menor. Sus alcances y funciones normativas".

determinar en qué consiste y que funcionan a su vez como parámetros para adoptar decisiones judiciales:

Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional, internacional y legal compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.¹⁶

Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Estos derechos se deben interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional que vinculan a México, incluyen en primer lugar: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en éstos.¹⁷

Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.¹⁸

Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando dicho equilibrio se altere y se presente un conflicto entre los derechos de ambos, que no pueda resolverse mediante la armonización, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor.¹⁹ De allí que los derechos e intereses de los

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-510 de 2003, Magistrado Presidente Manuel José Cepeda Espinosa y T-900 de 2006, Magistrado Presidente Jaime Córdoba Triviño. El contenido y origen normativo de estos criterios, se encuentra en los párrafos 4.1.1 - 4.1.5 de la sentencia T-397 de 2004.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-397 de 2004, p. 41.

¹⁸ *Ibidem*, p. 42.

¹⁹ Rodríguez Varela, Francisco y Campoy Robles Angélica, "El interés superior del menor", *Revista Investigación Académica Sin Frontera*, México, 2013, núm. 17, julio – diciembre de 2013, pp. 9-10.

padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se deben buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo.

Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, se debe privilegiar el encuentro con su familia biológica, en la cual los padres cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cuidados, comprensión y protección.²⁰

Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir motivos adicionales, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica.²¹

1.3. Teorías que influyen en la resolución de conflictos judiciales donde intervienen menores de edad

En la práctica judicial, los operadores jurídicos deben orientar sus decisiones hacia la materialización plena del interés superior de cada infante, individualmente

²⁰ Idem.

²¹ Ibidem, p. 11.

considerado, atendiendo a los criterios jurídicos relevantes del caso concreto y ponderando cuidadosamente las circunstancias fácticas que lo rodean.

Bajo este contexto, no debe pasar desapercibida la función que desempeñan los operadores jurídicos en la toma de decisiones donde intervienen menores de edad, para determinar cuánto les está permitido y cómo hacen uso de esa libertad. Al respecto, Richard Allen Posner afirma lo siguiente:

Los jueces no son ni gigantes morales o intelectuales, ni profetas, oráculos, ni meros portavoces o máquinas calculadoras. Son trabajadores humanos, demasiado humanos, que reaccionan del mismo modo que lo hacen otros trabajadores ante las condiciones del mercado de trabajo en el que actúan. No obstante, los científicos sociales han llegado a la conclusión de que, muchas decisiones judiciales, se ven fuertemente influidas por las preferencias políticas del juez o por otros factores extrajurídicos, tales como las características personales del juez y sus experiencias personales o profesionales, que pueden o bien conformar sus preferencias políticas o actuar directamente en la respuesta que hayan de darle a un cierto caso.²²

En este sentido, Fernando Silva García ha sostenido que para la Suprema Corte de Justicia de la Nación son temas novedosos:

Debido a que la transición democrática del país, ha generado que la Constitución tenga con mayor claridad eficacia normativa, pues con anterioridad, los conflictos constitucionales se resolvían principalmente por la clase política y hegemónica del momento, por lo que no había necesidad de resolver conflictos en sede jurisdiccional.²³

Sin duda, este fenómeno ha favorecido el arbitrio unilateral del juzgador, quien puede verse influenciado en la toma de decisiones por una visión paternalista, por los usos y costumbres e incluso por las condiciones políticas, económicas y sociales de su entorno cotidiano, como se analiza a continuación:

²² Allen Posner, Richard, *¿Cómo deciden los jueces?*, traducción de Victoria Roca Pérez, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 18-19.

²³ Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Porrúa, 2012, p. 30.

1.3.1. Teoría del paternalismo jurídico

La noción de paternalismo jurídico se vincula generalmente con la imposición de medidas por parte del Estado, dirigidas a evitar que el individuo se dañe a sí mismo o a favorecer sus intereses. Para ello la autoridad pública prescribe a las personas conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan las preferencias y los planes de vida que han adoptado libremente, protegiendo así al sujeto de los actos u omisiones que afectan sus propios intereses o las condiciones que los hacen posibles, aun en contra de su voluntad, es decir, prescindiendo de su consentimiento. Ejemplos de medidas paternalistas son la obligación de usar el cinturón de seguridad en el automóvil o el casco en las motocicletas, la obligatoriedad de la educación, la punición de la venta de drogas, o la prohibición de vender medicamentos sin receta.²⁴

Mónica González Contró, afirma que el debate en relación con la intervención estatal en la vida de los niños a través de medidas paternalistas se concreta en tres grandes bloques de conflictos:

- a. El dilema entre autonomía/liberación y vulnerabilidad/protección: Este conflicto enfrenta dos concepciones de la infancia que dan lugar a dos actitudes opuestas, que podrían encontrar su expresión entre las posturas más radicales del liberacionismo y del paternalismo y que sostienen respectivamente que el concepto de niño es una construcción social y por tanto se requiere una liberación a través del reconocimiento de libertades en el ejercicio de los derechos; y una percepción de la infancia como etapa de total dependencia y vulnerabilidad, inclinándose como consecuencia por una función sobreprotectora del Estado. Desde los razonamientos expuestos se rechaza esta aparente disyuntiva, pues ni el niño es en su totalidad un constructo social ni es radicalmente débil y se requiere una interacción entre el ejercicio de la autonomía y la protección contra riesgos innecesarios.

- b. El papel del niño, los padres y el Estado en las medidas paternalistas: Si

²⁴ Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*, Barcelona. Ariel, 1989, p. 205.

bien es cierto que se puede presentar un conflicto entre los tres actores, es claro que el fin último de toda actuación debe ser el interés superior del niño. Ahora bien, es verdad que en la ejecución de esta directriz se pueden dar distintas interpretaciones, pero la respuesta al dilema entre liberación y protección puede dar algunas pistas: toda conducta debe tener como criterio la integración de estas dos necesidades fundamentales y como objetivo último el desarrollo de la autonomía.

- c. La supuesta contradicción entre los intereses del niño como menor de edad y como futuro adulto: En cierta medida este conflicto es expresión de otros dos, el enfrentamiento entre la valoración de dignidad y autonomía y el choque entre los intereses del niño y los intereses colectivos. La visión que pondera más la autonomía se inclinaría por proteger los intereses del niño como adulto y justificaría sobre todo las medidas que promuevan y garanticen la formación de la capacidad de autodeterminación, la cual también puede ser concebida como de interés público en tanto que el Estado busca la formación de ciudadanos responsables. Por su parte, la dignidad del niño se centra más en su situación presente y sus intereses como tal. El conflicto se diluye si consideramos que para la formación de la autonomía adulta es necesario el ejercicio de la libertad presente que responde a la condición actual del niño. Sin embargo, no debemos olvidar tampoco que el principio de dignidad constituye una frontera importante a las intervenciones paternalistas. Esto es frecuentemente ignorado por quienes defienden los derechos de los niños, pues en muchas ocasiones los justifican únicamente en función de su porvenir como adultos.²⁵

No obstante, esto no es suficiente para aceptar la imposición de cualquier medida paternalista por parte del Estado a los niños, pues aunque puedan carecer de la información y experiencia necesarias para la toma de decisiones, deben precisarse algunas limitaciones importantes:

²⁵ González Contró, Mónica, "Paternalismo jurídico y derechos del niño", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 25, octubre – abril de 2006, pp. 126 – 127.

La imposición de las medidas paternalistas no puede tener una justificación general para toda la infancia. La minoría de edad no debe considerarse como un bloque completo, pues como ha señalado la psicología del desarrollo, el ser humano durante la niñez va madurando y adquiriendo nuevas capacidades rápidamente, de manera que no es posible incluir dentro de la misma categoría a un niño de dos años, a uno de diez o a un adolescente de quince. La justificación del paternalismo jurídico es distinta en cada etapa, y debe responder a la capacidad y el desarrollo de la autonomía de la persona.

Asimismo, es necesaria la limitación en relación con el contenido de las medidas paternalistas, y para ello es indispensable recurrir al concepto de intereses justificados a partir de necesidades básicas y en especial en las necesidades de cada etapa de la infancia. La incompetencia de los niños para tomar decisiones no justifica la intervención arbitraria del Estado a través de sus operadores jurídicos o de los padres. En este sentido, Macario Alemany, después de analizar detenidamente el debate en relación con la justificación de paternalismo, concluye que el problema de fondo es, que se trata de dar cuenta del paternalismo sin acudir a la noción de necesidades básicas del menor y poniendo en su lugar los deseos y preferencias de las demás personas.²⁶

Finalmente, las actuaciones paternalistas en la vida de los niños deben cumplir también con el requisito de ser lo menos gravosas posible para los individuos, tal como sostiene Macario Alemany:

La satisfacción de necesidades básicas es condición necesaria pero no suficiente de la intervención paternalista. Toda intervención paternalista debe estar mediada por un principio de adecuación al fin que se persigue. En consecuencia, debe justificarse que la intervención conseguirá satisfacer las necesidades básicas de la forma menos gravosa posible para los individuos afectados.²⁷

En conclusión, se debe analizar lo que tradicionalmente se ha asumido como adecuado para los niños, puesto que, sus necesidades básicas constituyen la justificación y al mismo tiempo el límite de las intervenciones paternalistas, porque

²⁶ Alemany García, Macario, *Sobre el paternalismo, Memoria de licenciatura*, España, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, 2000, p. 81.

²⁷ *Ibidem*, p. 87.

proporcionan razones para explicar que los niños tienen necesidades específicas, que se manifiestan de una forma distinta que las de los adultos y que es preciso garantizarlas. Es admisible que el poder público intervenga en la esfera del individuo aun prescindiendo de su consentimiento a través de la imposición de derechos-obligatorios destinados a preservar la autonomía y permitir su ejercicio, redistribuir los recursos sociales para conseguir condiciones de igualdad, y salvaguardar la dignidad del titular. Pero al mismo tiempo las necesidades de los niños y adolescentes conforman el límite para las intervenciones, es decir, únicamente es legítima la actuación pública sin la voluntad del titular del derecho en lo que se relaciona con la satisfacción de las necesidades, cualquier otra intromisión u omisión al solicitar su consentimiento es contraria a los derechos del niño y por tanto injustificada.²⁸

1.3.2. Inclusión de usos y costumbres

El juez es el funcionario público encargado de aplicar el derecho y definir la justicia. Es el operador jurídico que interpreta y transforma las leyes generales en sentencias concretas que resuelven las controversias entre sujetos.

La hermenéutica del juez crea nuevos significados al lenguaje del derecho y determina la verdad jurídica. Esta labor exegética no puede estar sujeta a "todas aquellas fuerzas menudas que cambian las apariencias de cualquier objeto en el ánimo oscilante del hombre", sino que debe hacerse con base en los límites establecidos por el sistema jurídico. Sin embargo, estos límites no son inamovibles. Momentos legendarios e históricos, muestran que cuando las formas y facultades de interpretación del derecho que tienen los jueces se amplían, el sistema jurídico y sus límites se transforman. Los jueces pueden construir decisiones con más elementos jurídicos y, por medio de sentencias, dar nuevos sentidos al Derecho.²⁹

Las costumbres gravitan sobre el ánimo de los jueces de diversas maneras. En efecto, en todo sistema de derecho moderno se comprueba la presencia de ciertos conceptos claves de aplicación general. Las sentencias dictadas por los

²⁸ González Contró, Mónica, *op. cit.*, p. 131.

²⁹ García Gárate, Iván, *Los jueces y la nueva interpretación judicial*, México, Letras Libres, 2011, <https://www.letraslibres.com/mexico-espana/los-jueces-y-la-nueva-interpretacion-judicial>

jueces acusan su influencia. Ellos son instrumentos dedicados a la operación del sistema jurídico. Dichos conceptos clave suministran a los órganos del Estado, especialmente a los jueces, un cierto grado de discreción en su interpretación del comportamiento de las personas y de las normas jurídicas generales en concordancia con ciertas nociones básicas relativas a la estabilidad, la unidad y el poder de la comunidad.³⁰

Por lo tanto, los conceptos clave, las palabras ambiguas, y conceptos indeterminados les permiten a los jueces trasladarse de la generalidad de esos términos a las exigencias axiológicas de la realidad concreta. Es decir, el juez no deberá forzar los textos, ni efectuar interpretaciones fantasiosas, sino que, debe aprovechar la flexibilidad inherente a los conceptos y a las palabras empleadas en los textos normativos, de tal suerte que, la discrecionalidad ganada por los jueces se verá controlada por la regularidad de los comportamientos consuetudinarios sociales.³¹

Más complicado se presenta el problema en lo relativo a la determinación o al establecimiento de la filiación de los infantes. Sucede que, en tanto la cultura recepte al sistema monogámico –con exclusión de otro tipo de uniones- como un régimen regular de vida entre los sujetos, parece indudable que el matrimonio seguirá cumpliendo una misión primordial: brindar la presunción de paternidad del marido de la mujer que ha dado a luz; ello porque la unión conyugal da paso a otra presunción, que es la cohabitación de la pareja. Precisamente tal módulo fáctico es el que nos marcará una diferenciación notoria con las uniones extramatrimoniales en general, pues en este último ámbito no hay porqué presumir la existencia previa de una cohabitación entre los progenitores.³² En consecuencia, el enfoque diferencial que hará la ley, estará ligado exclusivamente a juicios de valor –usos y costumbres del juzgador-, que lo conduzcan a privilegiar de algún modo la filiación, sin tomar en consideración las cuestiones fácticas como lo es la verdad biológica.

³⁰ Cueto Rúa, Julio C., *Doctrina clásica: la actitud de los jueces frente a las costumbres y las normas consuetudinarias*, s. l. i., Thomson Reuters, 2013, <http://thomsonreuterslatam.com/2013/04/doctrina-clasica-la-actitud-de-los-jueces-frente-a-las-costumbres-y-las-normas-consuetudinarias/>

³¹ Idem.

³² Mizrahi, Luis Mauricio, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 49.

Pero además, encontramos que la utilización de usos y costumbres no solo atañe a la función del operador jurídico en abstracto, sino que también implica la connotación jurídico-social que se ha dado a través del tiempo a términos como la filiación, el padre y el progenitor. Como se ha venido sosteniendo, la filiación puede ser definida como el vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por la ley como “padre” o “madre”, en un extremo, e “hijo” e “hija”, en el otro. Al hacer mención de “los padres”, se conviene que el término no está empleado tal como suele figurar en el diccionario de la lengua –quien ha engendrado o procreado³³-, sino en un sentido cultural y jurídico. Será entonces una categoría legal en la que el sujeto en cuestión representará el centro de imputación de un conjunto de derechos, funciones y deberes, pudiendo constituir o no al mismo tiempo el progenitor inmediato.³⁴

Finalmente, Díez-Picazo y Gullón explican que “padre y progenitor no son sinónimos. Padre contiene una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor”.³⁵ La idea de correlacionar la filiación con el origen biológico se encuentra, sin duda, ínsita desde hace siglos en la conciencia de la humanidad, de esta manera se justifica el sentido de las actuaciones indiscriminadas por parte de los operadores jurídicos al resolver controversias del orden familiar, imponiendo obligaciones filiales, económicas y del estado civil al padre -no biológico-, e impidiendo la búsqueda del progenitor de los infantes en los juicios de desconocimiento de la paternidad, justificando dichas medidas al amparo del espectro proteccionista del Interés Superior del Menor.

³³ Moliner, María, *Diccionario del uso del español*, t. II, 3ª ed., Colombia, Gredos, 2007, p. 601.

³⁴ Mizrahi, Luis Mauricio, *op. cit.*, p. 6.

³⁵ Díez-Picazo y Gullón, Luis – Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 314.

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

SUMARIO. 2.1 *Sistema universal* 2.2 *Sistema Interamericano* 2.3 *Sistema Nacional*

2.1. Sistema Universal

La evolución histórica de los derechos de los infantes pone de manifiesto que habían sido considerados hasta entonces como objetos de protección, mas no como titulares de derechos. Esto quiere decir que se reconocía que requerían de una protección especial, pero en el ámbito del derecho privado y por ende bajo la responsabilidad de los padres o tutores, mas no como sujetos de derechos humanos. Por tal motivo, resulta indispensable hacer un breve análisis de los sistemas normativos que han servido como base jurídica en la génesis, reconocimiento e incorporación del principio del Interés Superior del Menor desde la antigüedad y hasta nuestros días.

2.1.1. La Declaración de Ginebra de 1924

Históricamente se reconoce a la *Declaración de Ginebra de 1924*, como la piedra angular del derecho de la infancia, que con el tiempo permitió el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de los Niños.³⁶ Esta Declaración, es el primer instrumento internacional que protege específicamente los derechos de los niños, permitiendo observar el nacimiento de la protección jurídica a favor de los menores de edad. Reconoce en cinco artículos, las necesidades fundamentales de las niñas y los niños, el texto se centra en el bienestar de los menores y reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y protección. Cabe destacar que, no contiene de forma expresa derechos, por el contrario, deja en claro que se trata de una enunciación de obligaciones dirigidas a los adultos a cargo de los niños. Es decir,

³⁶ Bofill, April, *La declaración de Ginebra: pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*, Barcelona, Comissió de la Infància de la Justícia I Pau, 1999, p. 78.

se reconoce al niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos capaz de participar activamente en su desarrollo.

A diferencia de otros instrumentos internacionales, esta Declaración fue una iniciativa de la *Save the Children Fund*, una fundación privada encabezada por las activistas sociales Eglantyne Jebb y Dorothy Buxton, que surge en Londres en el año de 1919, para ayudar y proteger a los niños afectados por la guerra.

En 1920, se organizó y se estructuró en torno a la Union Internationale de Secours Aux Enfants (UISE),³⁷ con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Posteriormente, *Save the Children Fund* formuló dicha Declaración, y la envió a la Sociedad de Naciones (SDN), para que finalmente fuera adoptada por ésta última, el 26 de diciembre de 1924, en su V Asamblea, donde los Estados firmantes hacen la promesa de incorporar dichos principios a su legislación interna; es decir, éste instrumento es considerado como una manifestación de intenciones, puesto que carece de fuerza vinculante para los Estados y no contempla ningún mecanismo de control. No obstante, a pesar de no poseer fuerza coercitiva, tuvo un gran impacto en la época de su aparición y sentó un precedente en torno a los derechos de la niñez.³⁸

2.1.2. El Decálogo de los Derechos del Niño de 1927 y el Instituto Interamericano Del Niño (IIN)

Durante las deliberaciones del Segundo Congreso Americano del Niño, efectuado en Montevideo en 1919, el Pediatra Uruguayo Luis Morquio, presentó una ponencia mediante la que propuso la creación de una Oficina Internacional Americana de Protección a la Infancia. El proyecto fue bien recibido, pasando a estudio de una Comisión que luego de debatirlo aprobó su creación.³⁹

El 9 de junio de 1927, diez países de América suscribieron el acta de fundación, quedando definitivamente constituido con el nombre de “Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia (IIN)”, fungiendo como sede la

³⁷ Por su traducción: unión Internacional de ayuda para niños.

⁴ Oviedo Siacara, Gustavo, Historia de la Primera Declaración de los Derechos del Niño en *Humanium: juntos por los derechos de los niños*, Suiza, 2011, <http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>

³⁹ Insulza, José Miguel, *Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes, organismo especializado de la OEA*, Uruguay, s.e., http://www.iinadmin.com/uploads/files/ESP_Presentacion_Institucional_2012.pdf

ciudad de Montevideo, Uruguay. En esta histórica reunión participaron países como Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Chile, Ecuador, Estados Unidos de Norte América, Perú, Uruguay y Venezuela.⁴⁰

En el acto inaugural, se destacó el discurso pronunciado por el Ministro de Instrucción Pública de Uruguay, Don Enrique Rodríguez Fabregat, en el que declaró inaugurado el "Siglo de los Niños" y se refirió al Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia como "la obra más trascendente y generosa de aquél tiempo". Su exposición se vio concretada con un "Decálogo" que resumía su pensamiento, naciendo así uno de los primeros documentos referentes a los Derechos del Niño, cuyo legado principal descansa en las palabras que entonces pronunciara en aquél discurso: "yo entrego a la consideración de todos los hombres de buena voluntad y de sano corazón, esta declaración de los Derechos del Niño, Tabla de Derechos en cuya observancia reposa el secreto de la grandeza y la gloria de las naciones y los pueblos".⁴¹

Actualmente, el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), es un organismo especializado que pertenece a la Organización de Estados Americanos, donde se trabaja en el tema de niñez y adolescencia, en conjunto con los Estados miembros entre los que destaca la participación de México a través del Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF), impulsando de manera permanente el compromiso por los derechos y el bienestar de la niñez y adolescencia.⁴²

2.1.3. La Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959

La creación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en 1946, y la situación de los menores después de la segunda guerra mundial, explican la creación de la *Declaración sobre los Derechos del Niño*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Las aportaciones más importantes en la confección de este texto fueron la Declaración sobre Derechos Humanos de 1948 y el proceso de elaboración subsiguiente del Pacto Internacional

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, *Tabla de los derechos del niño – 1927*, <http://www.iin.oea.org/boletines/boletin11/pdfs/tabla.pdf>

⁴² Idem.

de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados en 1966, pero que tuvieron un largo proceso de gestación y no entraron en vigor hasta 1976.⁴³

La *Declaración sobre los Derechos de los Niños* de 1959, es la primera declaración universal en el ámbito de las Naciones Unidas sobre un grupo de seres humanos, se expresa en diez principios que amplían los derechos anteriores, aunque están mucho mejor sistematizados desde el punto de vista de la técnica jurídica. A la vista de esta Declaración, y comparándola con la de Ginebra de 1924, se puede constatar que subyace el mismo espíritu con respecto a los valores éticos que deben presidir el reconocimiento de los derechos del niño, en aspectos como la educación, cuidados especiales a los niños discapacitados, la atención en primer lugar en casos de conflictos, formación en sentimientos de solidaridad y amistad entre los pueblos, no discriminación por razón de raza, nacionalidad o creencia. Es decir, la mayoría de los principios recogidos en esta Declaración ya se encontraban perfilados desde 1924, asimismo se recogen los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y se continúa considerando al niño "como un ser humano dependiente, no autónomo. Es responsabilidad de los adultos que llegue a ser uno de ellos".⁴⁴

No obstante, aparecen algunas innovaciones importantes: una definición de niño en el preámbulo; el derecho de los niños a unos padres (Principio 6); derecho a un nombre y una nacionalidad (Principio 3), lo cual presupone cierto reconocimiento de derechos civiles, aunque los redactores no fuesen conscientes de ello y, por primera vez aparece un concepto nuevo que supondrá en la Convención de 1989 un punto fundamental y controvertido en el ámbito jurídico, el "*Interés Superior del Niño*". Así, en el principio II puede leerse: "Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el Interés Superior del Niño" y, también en el principio VII se lee: "*El Interés Superior del Niño* debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a sus padres". Por lo tanto, en dos principios fundamentales como es el de la protección especial para "el

⁴³ Dávila, Paulí y Naya, Luis M., *Derechos de la infancia y educación inclusiva en América Latina*, Buenos Aires, Granica, 2011, p. 47.

⁴⁴ Garibo, Ana Paz, *Los derechos de los niños: Una fundamentación*. España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 145.

desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en forma saludable y normal y el derecho a la educación, en el cual se encuentran implicados los gobiernos, la sociedad y los padres, queda claro que debe primar el “interés del niño”. Este planteamiento resulta innovador ya que debe estar por encima de cualquier otra consideración, abriendo la posibilidad a considerar a los niños como sujetos de derecho. No obstante, Jordi Cots al analizarlo, no le concede mayor importancia, a pesar de que muchas legislaciones comenzaron a considerarlo como un elemento positivo, lo cual puede ser interpretado como el lento proceso de asentamiento de conceptos innovadores.⁴⁵ En la Convención todavía resultó más esclarecedora la postura con relación a este concepto, que figurará como uno de los principios generales.

Al igual que ocurrió en el periodo comprendido entre las dos Declaraciones, a partir de 1959, se llevaron a cabo una serie de acciones encaminadas al reconocimiento de los derechos de los niños y niñas en el ámbito del derecho internacional,⁴⁶ que demuestran que la permanencia por el reconocimiento de estos derechos ha sido una constante. La ampliación de instituciones y organismos internacionales en el reconocimiento, cada vez más específico, en diversas áreas ha desarrollado todo un entramado de derechos que conseguirán tener en la Convención de 1989, un documento conjunto.

2.1.4. Carta Latinoamericana sobre los Derechos del Niño de 1988

En 1988, representantes de las organizaciones no gubernamentales por la niñez en Latinoamérica de Argentina, México, Perú, Paraguay, Bolivia, Chile, Uruguay y Colombia se reunieron en Buenos Aires, con el fin de analizar la Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y proponer algunas modificaciones o agregados al texto; con el propósito de ajustar la Convención de la ONU a la realidad

⁴⁵ Cots, Jordi, *La declaració universal dels drets de l'infant*, edición 62, España, Rosa Sensat, 1979, p. 82.

⁴⁶ Además de los Pactos Internacionales de 1966, podemos considerar los siguientes documentos: Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de diciembre de 1960; Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, de 1962; Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, de 1969; Declaración de los derechos del retrasado mental, de 1961; Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la mal nutrición, de 1974; Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, de 1974; Declaración de los derechos de los impedidos, de 1975; Las Reglas de Beijing para la administración de justicia de menores de 1985; Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños de 1986. Además de todas estas declaraciones de carácter universal debemos tener presente las dictadas por organismos regionales sean africanos, asiáticos, americanos o europeos.

histórica, económica y cultural de los países tercermundistas; sin embargo, no les fue permitido, por lo cual, elaboraron la Carta Latinoamericana de los Derechos de los Niños, que pretendía ser regulador para ajustar la Convención a las particularidades de dichos países. Se consideraba que en Latinoamérica se debía entender por niño o menor a todo ser humano desde el momento de su concepción hasta la mayoría de edad, determinada ésta por la ley de cada Estado integrante.⁴⁷

Además, se menciona que todos los países de América Latina deben considerar la problemática de los menores como una cuestión substancial y como un tema de vital importancia para el futuro de toda nación debido a que casi el 50% de la población es menor de 18 años de edad, por lo que se exigió para todos los niños una educación que los forme como ciudadanos críticos, capaces de participar en el proceso de transformación social.⁴⁸

Se sabe que la influencia de los medios masivos de comunicación en la educación y en la personalidad de los niños es insoslayable. De ahí la necesidad de normar las formas y los contenidos de sus ediciones con los máximos valores de las respectivas culturas nacionales, haciendo especial énfasis en la abolición de contenidos que promuevan la introducción a la violencia en general como lo son algunos juguetes bélicos, publicidad sobre tabaco, alcohol, y cualquier otra práctica de los medios de comunicación al alcance de los menores.⁴⁹

Se consideró necesario que la adopción sea la forma de darle una familia al menor, capaz de brindarle afecto y la seguridad necesaria para que pueda desarrollarse plenamente, preservando su identidad en su medio social, comunitario, étnico y que deben permanecer en su país natal. Por ello es indispensable que los Estados ofrezcan un cuidadoso control sobre el bienestar de los niños adoptados, especialmente si estos fueron llevados fuera de su país. Aunque cabe mencionar los representantes de las organizaciones verdaderamente se opusieron a cualquier política social que comprenda la adopción internacional.⁵⁰

Con la finalidad de evitar que muchos menores fuesen abandonados, se planteó la necesidad de que las menores embarazadas, debían tener derecho a la

⁴⁷ Palafox Mendoza, Juan, *Antecedentes jurídicos internacionales sobre derechos de la niñez*, México, *Universidad Contemporánea de las Américas*, 2015, p. 9.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Ibidem, p. 10.

⁵⁰ Idem.

protección y apoyo integral de su Estado, para conservar con ellas, dignamente, a sus hijos; también garantizar la atención integral de los niños discapacitados, asegurándoles su plena inserción social. Y para concluir, se debe luchar para que ningún menor se vea afectado por el exilio forzoso, por el secuestro, por la venta, por cualquier tipo de tráfico de órganos o de seres humanos.⁵¹

2.1.5. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1989

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor en septiembre de 1990, siendo el Tratado Internacional que más apoyo ha recibido a lo largo de la historia del derecho internacional, pues hasta la fecha tan sólo los Estados Unidos de América y Somalia no la han ratificado. La Convención fue minuciosamente elaborada durante diez años (1979-1989) con la colaboración de los representantes de todas las sociedades, todas las religiones y todas las culturas.⁵²

En este proceso de elaboración fue muy importante la presencia de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), sobre todo a partir de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas, sobre el Año Internacional del Niño celebrado en 1979 y la implicación de las Organizaciones No Gubernamentales Internacionales dedicadas a la infancia. Estas organizaciones establecieron un grupo intergubernamental, bajo los auspicios de la Comisión de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, que había comenzado a redactar una Convención para sustituir a la Declaración de 1959. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (United Nations International Children's Emergency Fund), por sus siglas UNICEF, planteó su apoyo y su capacidad de movilización a partir de 1987, al reconocer la convergencia en el proceso de reconocimiento de los derechos del niño. Este organismo del Sistema de Naciones Unidas adoptó la Convención como "misión" para sus programas mundiales.⁵³

⁵¹ Barcena, Andrea, *Textos de derechos humanos sobre la niñez*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1992, pp. 22-26.

⁵² Los Pactos internacionales sobre derechos civiles, políticos, económicos sociales y culturales de las Naciones Unidas (1966), la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Teherán (1968), la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984), la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo (1986).

⁵³ Dávila, Paulí y Naya, Luis M., *op. cit.*, p. 67.

La Convención sobre los Derechos del Niño, recoge en los primeros 41 artículos, los derechos humanos de todos los niños y niñas menores de 18 años, que se deben respetar y proteger, y exige que estos derechos se apliquen a la luz de los principios rectores de la Convención. Los artículos 42 al 45 abarcan la obligación de los Estados Partes de difundir los principios y las disposiciones de la Convención entre los adultos y los niños; la aplicación de la Convención y la verificación de los progresos alcanzados hacia el cumplimiento de los derechos de los niños mediante las obligaciones de los Estados Partes y la responsabilidad de presentar informes de los Estados Partes. Y, finalmente, los artículos 46 a 54, abarcan el proceso de adhesión y de ratificación de los Estados Partes; la entrada en vigor de la Convención; y la función como depositario del Secretario General de las Naciones Unidas.⁵⁴

Por otra parte, el hecho de que el reconocimiento de la Convención sea prácticamente universal, reforzando los derechos de la infancia, sustenta como instrumento jurídico una combinación única de virtudes, al subrayar y defender la función de la familia en la vida de los niños, la obligación de los Estados y la responsabilidad de los padres en materia de atención a sus hijos, a fomentar el respeto de la infancia, pero no a costa de los derechos humanos o de las responsabilidades de los otros; apoyar el principio de no discriminación y, finalmente, establecer claras obligaciones por parte de los Estados Parte.

Asimismo, es importante destacar que la Convención de 1989 al ser más vinculante, crea el '*Comité de los Derechos del Niño*' que cumple una serie de funciones encaminadas a la realización de su objetivo fundamental que es la protección de los infantes, no obstante, la crítica más fuerte que se le ha realizado, se basa en que este Comité no tiene fuerza coercitiva con respecto a los Estados Parte, como ocurre con otros órganos de vigilancia, garantía y seguimiento de otros Tratados Internacionales.⁵⁵

⁵⁴ Dávila, Paulí y Naya, Luis Ma., "El discurso proteccionista sobre los derechos de la infancia en los Tratados Internacionales", *Revista de Educación*, España, 2008, núm. XXI, enero – junio de 2008, pp. 15-30. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/2124/b1547981x.pdf?sequence>

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 88-90.

El éxito de la Convención es evidente, no sólo por ser el documento internacional que mayor número de adhesiones ha recibido, sino porque ha logrado estar presente como referencia para los cambios legislativos nacionales, además de suponer una orientación para el reconocimiento de los derechos de los menores y de las prácticas de intervención social sobre la infancia, sobre todo en situaciones de exclusión social.

2.2. Sistema Interamericano

El sistema interamericano de derechos humanos pertenece a la Organización de los Estados Americanos (OEA) y está compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su fundamento es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José, aprobada en 1969 y que entró en vigor en 1978.⁵⁶

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada en 1959 y se reunió por primera vez en 1960. Es un órgano consultivo y autónomo de la OEA cuya función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. Está integrada por siete miembros independientes, elegidos para un periodo de cuatro años por la Asamblea General, quienes se desempeñan en forma personal y no en representación de un país particular, y tiene su sede en Washington D.C., Estados Unidos.⁵⁷

Entre sus principales atribuciones destacan: recibir, analizar e investigar violaciones a derechos humanos, publicar informes especiales sobre temas de derechos humanos, realizar visitas a los países para profundizar en la situación de los derechos humanos, publicar informes sobre temas específicos, requerir a los Estados para que tomen medidas cautelares para prevenir daños irreparables a los derechos humanos, someter casos contenciosos ante la Corte y actuar ante ésta y solicitar opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, es una institución judicial autónoma de la OEA, cuyo objetivo es la aplicación e

⁵⁶ González Contró, Mónica, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Ibidem*, p. 21.

interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Fue establecida en 1979, está formada por siete juristas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos elegidos a título personal, y tiene su sede en San José, Costa Rica. Su función es tanto jurisdiccional como consultiva.⁵⁹

El Estado mexicano reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 16 de diciembre de 1998, lo que quiere decir que sus resoluciones son obligatorias para nuestro país.

La Convención Americana reconoce en su artículo 19 los derechos del niño:

Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la Convención de Derechos del Niño es el Tratado aplicable en materia de derechos del niño y ha dictado diversas sentencias en donde se consideran violaciones a los derechos humanos de niñas y niños, algunas de ellas en contra del Estado mexicano.⁶⁰

En 2002, la Corte emitió la Opinión Consultiva 17 “Sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño”. En este documento señala que los niños tienen todos los derechos humanos que les corresponden en su calidad de seres humanos, además de derechos especiales derivados de su condición de niños; determina también que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas para la garantía de estos derechos. Otro aspecto importante estipulado por la Corte Interamericana es el papel de la familia como núcleo primordial para el desarrollo del niño. De la misma manera se considera que cuando la víctima es un niño o niña, las violaciones de derechos humanos revisten especial gravedad.⁶¹

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ González Contró, Mónica, *op. cit.*, p. 21.

⁶¹ Idem.

2.2.1. Sentencias relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de niñas y niños

Algunas de las sentencias más relevantes pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la protección de los derechos de los infantes se listan a continuación de manera enunciativa:

“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (1999), Bulacio vs. Argentina (2003), Maritza Urrutia vs. Guatemala (2003), Molina Theissen vs. Guatemala (2004), Hermanos Paquiyauri vs. Perú (2004), “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay (2004), Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala (2004), Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador (2004), Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005), Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (2005), Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005), Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006), Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006), Masacres de Ituango vs. Colombia (2006), Servellón García vs. Honduras (2006), Vargas Areco vs. Paraguay (2006), Tiu Tojín vs. Guatemala (2008), González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (2009), Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009), Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010), Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010), Fernández Ortega y otros vs. México (2010), Rosendo Cantú vs. México (2010), Gelman vs. Uruguay (2011), Contreras y otros vs. El Salvador (2011), Familia Barrios vs. Venezuela (2011), Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina (2011), Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012), Forneron e hija vs. Argentina (2012), Furlan y familiares vs. Argentina (2012), Mendoza y otros vs. Argentina (2013).

Finalmente, en lo que se refiere a opiniones consultivas sobre derechos de niñas y niños destacan las siguientes: OC-17/02 “Condición jurídica y derechos humanos del niño” y OC-18/03 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, OC-21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”.

2.3. Sistema Nacional

En el análisis de la protección constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes, es importante resaltar algunas disposiciones normativas que establecen derechos específicos para los infantes:

2.3.1. Los artículos 4° y 73 de la Constitución Mexicana

La Constitución de 1917 no contemplaba a los infantes, pues se pensaba que no tenían derechos por ser menores de edad. No fue hasta el 18 de marzo de 1980 cuando se incluyó, por primera vez, en el Diario Oficial de la Federación la protección constitucional de los derechos de niños y niñas como resultado del Año Internacional del Niño proclamado por la Organización de Naciones Unidas en 1979, cuando se cumplían veinte años de la firma de la Declaración sobre los Derechos del Niño.

El texto constitucional era el siguiente: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas”.⁶²

La exposición de motivos de esta reforma hace referencia a los tratados internacionales; recordemos que es también con motivo del Año Internacional del Niño que comienzan los trabajos que culminarían con la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989. Como se puede advertir, el texto constitucional no reconocía propiamente a las personas menores de edad como titulares de derechos, sino que establecía el deber de los padres de satisfacer ciertas necesidades.

En el año 2000 se reformó nuevamente el artículo para adecuar su redacción a los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño. México ratificó la Convención el 21 de septiembre de 1990 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.⁶³

En los tres párrafos agregados se reconocen algunos derechos de niños y niñas, se establece la obligación en la garantía de estos derechos a padres, tutores y custodios, y se definen algunas obligaciones del Estado:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos.

⁶² González Contró, Mónica, *op. cit.* p. 25.

⁶³ *Ibidem*, p. 26.

El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

En el dictamen de la iniciativa de reforma del artículo 4° en materia de derechos de niñas y niños, se reconoce la insuficiencia de la adecuación realizada en 1980 para responder a las necesidades de este grupo de población. Además, la reforma buscaba adecuar el marco jurídico de los niños y niñas a los postulados internacionales. Con este mismo propósito, en mayo de 2000 se publicó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.⁶⁴

La reforma del año 2000 representó un avance en la materia, pues por primera vez aparecen en la Constitución las niñas y los niños como titulares de derechos, además de que se amplía el grupo de los sujetos obligados, pues ya no se refiere únicamente a los padres, sino que se establece que ascendientes, padres y custodios tienen la obligación de preservar los derechos. Con esto se busca abarcar a todas las personas menores de edad, ya sea que se encuentren en el contexto de una familia o en cualquier otra situación.

Sin embargo, el artículo 4° Constitucional se quedó corto en relación con los derechos reconocidos en la Convención, pues como se ha mencionado, este instrumento internacional reconoce todo tipo de derechos: libertades, derecho a la educación, medidas especiales de protección y bienestar, entre otros, mientras que el texto constitucional se limitó a reconocer cuatro derechos: alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

El artículo 4° Constitucional volvió a ser reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de octubre de 2011. En esta ocasión se incorporó el principio del “interés superior de la niñez” y se estableció una obligación de observar este principio en todas las decisiones del Estado, así como para orientar las políticas públicas.

Asimismo, se publicó otra modificación relevante al artículo 73 de la Constitución Federal, que faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes que establezcan la concurrencia de la federación, los estados y el Distrito Federal en materia de derechos de niñas y niños. Con esta reforma se abrió la posibilidad de

⁶⁴ Idem.

aprobar una ley general que unificara los derechos para las personas menores de dieciocho años en toda la República.

Artículo 73 [...]. XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.

Como resultado de la reforma al artículo 73 constitucional, en diciembre de 2014, se publicó la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), de la cual se hablará con detalle más adelante por ser la que se encuentra vigente en la actualidad.⁶⁵

2.3.2. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA)

Además de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Mexicana, incluidos aquellos contenidos en los Tratados Internacionales ratificados por México, las niñas y niños tienen otros derechos reconocidos en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014.⁶⁶

El artículo 6° de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) reconoce como principios rectores los siguientes:

- I. El interés superior de la niñez;
- II. La universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en los tratados internacionales;
- III. La igualdad sustantiva;
- IV. La no discriminación;
- V. La inclusión;
- VI. El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;
- VII. La participación;
- VIII. La interculturalidad;
- IX. La corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades;
- X. La transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales;
- XI. La autonomía

⁶⁵ González Contró, Mónica, *op. cit.* p. 28.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 33.

progresiva; XII. El principio pro persona; XIII. El acceso a una vida libre de violencia, y XIV. La accesibilidad.

Contiene también un apartado (el título tercero) relativo a las obligaciones, dirigido específicamente a quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes. Entre las obligaciones contempladas destacan: garantizar los derechos alimentarios, el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de los derechos, el registro en los primeros sesenta días de vida, garantizar su educación, impartir dirección y orientación, asegurar un entorno libre de violencia, fomentar el respeto a las personas y la comunidad, la protección contra toda forma de violencia, abstenerse de ejercer cualquier atentado contra su integridad física y psicológica, considerar su opinión, y educar en el uso responsable de las tecnologías de la información y comunicación (artículo 103).

Cabe destacar que esta ley constituye una gran novedad en materia de derechos de niñas y niños, pues nunca antes se habían reconocido en el sistema jurídico mexicano los derechos de este grupo de población y, sobre todo, había una ausencia de mecanismos de garantía de los mismos.

2.3.3. Las reformas constitucionales de 2011 y los derechos humanos

Aunque no se refieren expresamente a las niñas y los niños, otra reforma que hay que resaltar por sus importantes consecuencias es la denominada “reforma en materia de derechos humanos”, publicada el 10 de junio de 2011, mediante la cual se modificó la denominación del capítulo I, del título primero y se reformaron diversos artículos. La redacción del artículo 1º dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano. Establece también los principios *pro persona* y de interpretación conforme a los Tratados, que obligan a aplicar la norma más protectora de derechos humanos, ya sea que esté contenida en la Constitución o en un Tratado Internacional.

La mencionada reforma establece también que:

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.

Las consecuencias de la modificación del artículo 1° Constitucional resultan muy relevantes para los derechos humanos de niñas y niños, pues se reconoce que las normas contenidas en los Tratados Internacionales, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, deben ser garantizados y que, a partir de las reformas en materia de derechos humanos, es posible solicitar el amparo y protección de la justicia federal en contra de la violación de los derechos contenidos en estos.

En este sentido, atendiendo al contenido de tales dispositivos jurídicos en el contexto que se ha planteado tenemos como resultado un evidente conflicto entre principios constitucionales, por una parte, el principio del Interés Superior del Menor, cuya protección ha de favorecer al hijo no biológico y, por la otra, el principio *pro persona*, que presupone un espectro de protección al padre no biológico, virtud del derecho que le confiere nuestra Carta Magna al libre desarrollo de su personalidad; empero, a pesar de que ambos principios se encuentran en un mismo rango de jerarquía constitucional, la discrecionalidad desmedida de los operadores jurídicos ha ocasionado que se extralimite la protección a los infantes, conculcando con ello graves afectaciones a la esfera jurídica, económica y social del padre no biológico.

CAPÍTULO III. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

SUMARIO. *3.1 Las funciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la protección de los infantes 3.2 Formas de extralimitación protectora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con el principio del interés superior el menor*

3.1. Las funciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la protección de los infantes

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el Máximo Tribunal Constitucional del país y cabeza del Poder Judicial de la Federación. Tiene entre sus responsabilidades defender el orden establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; mantener el equilibrio entre los distintos Poderes y ámbitos de gobierno, a través de las resoluciones judiciales que emite; además de solucionar, de manera definitiva, asuntos que son de gran importancia para la sociedad. En esa virtud, y toda vez que imparte justicia en el más alto nivel, es decir, el constitucional, no existe en nuestro país autoridad que se encuentre por encima de ella o recurso legal que pueda ejercerse en contra de sus resoluciones.⁶⁷

El artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra dentro del capítulo cuarto, denominado “Del Poder Judicial”, las disposiciones relativas a la integración, competencia y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud de lo cual, tiene como responsabilidad fundamental la defensa del orden establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de solucionar, de manera definitiva, otros asuntos jurisdiccionales de gran importancia para la sociedad.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1º, 103, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se sigue que en la función jurisdiccional que despliega la Suprema Corte de Justicia de la Nación subyacen dos tareas específicas: la primera se trata de una función protectora, no

⁶⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Conoce la Corte*, S. f., México, <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-es-la-scn>.

solo de los derechos humanos (artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), sino incluso del régimen constitucional (artículos 103 fracciones II y III, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), pero también le incumbe una función hermenéutica, al estar habilitada por el artículo 107, fracciones II y XIII, para establecer jurisprudencia. Por lo tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lleva a cabo dos funciones esenciales: una función protectora y una función hermenéutica.

Es precisamente, con base en estas atribuciones constitucionales que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha extralimitado su función hermenéutica pero también, su función protectora ha sido un parteaguas en la práctica de la discrecionalidad abusiva por parte de los operadores jurídicos, donde el Estado Mexicano se ha convertido en un constructor de verdades aparentes basadas en ficciones de ley para evadir la responsabilidad que le asiste por mandato constitucional frente a los menores de edad, haciendo un desplazamiento de obligaciones para que estas sean soportadas por terceros.

3.2. Formas de extralimitación protectora de la Suprema Corte De Justicia de la Nación en relación con el principio del Interés Superior del Menor

En líneas precedentes se analizará cómo es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, haciendo uso de las atribuciones que le confiere nuestra Carta Magna ha extralimitado sus funciones protectora y hermenéutica en asuntos relacionados con donde intervienen menores de edad, basando sus opiniones en constructos unilaterales que no corresponden a la realidad social.

3.2.1. La prevalencia de la identidad filiatoria frente a la verdad biológica de los infantes en el desconocimiento de la paternidad

En agosto de 2009, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció respecto al balance o contrapeso que tiene en el ámbito jurídico que los niños conozcan su verdadera identidad, argumentando que les brinda la posibilidad de saber con exactitud su origen genético en cuanto a su verdadera ascendencia, lo cual redundará en un beneficio psicológico y emocional, pues al conocer quiénes son sus padres legítimos les despierta un sentimiento de

confianza, apoyo moral y pertenencia hacia su verdadero núcleo familiar, al saberse protegidos y educados por quienes son sus auténticos progenitores; lo anterior, al tenor de la siguiente tesis aislada:

MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA. Si bien dentro de los bienes y valores supremos inalienables tutelados por nuestra Constitución Federal, se encuentra, por un lado, la protección de la organización y el desarrollo de la familia, pues así se establece en el primer párrafo del artículo 4o. de la Norma Suprema, al disponer que "el varón y la mujer son iguales ante la ley, y que ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia", lo cual es entendible por ser ésta el origen de la sociedad, y en lo posible el núcleo de sus integrantes debe permanecer unido procurando su estabilidad, cohesión y ser protegida hasta el límite posible. Sin embargo, la propia Carta Fundamental, dentro del mismo precepto, establece los derechos de los niños en una igual dimensión, pues sus párrafos 5o., 6o. y 7o., sucesivamente, disponen que "los niños y las niñas tienen derecho, entre otros, a que el Estado debe proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos"; ante lo cual, puede apreciarse que la Constitución establece una misma jerarquía normativa tanto para la protección de la familia, como de los niños. En este contexto, dentro de la ponderación de los valores enunciados, esto es, el balance o contrapeso de un derecho frente al otro, el derecho de los niños a conocer su verdadera identidad tiene mayor peso, pues la posibilidad de conocer con exactitud su origen genético les brinda certeza en cuanto a su verdadera ascendencia, lo cual redundará en un beneficio psicológico y emocional, pues al conocer quiénes son sus legítimos padres les despierta un sentimiento de confianza, apoyo moral y pertenencia hacia su verdadero núcleo familiar, al saberse protegidos y educados por quienes son sus auténticos progenitores. Esto finalmente resulta más provechoso para el menor por encima de la supuesta protección al grupo mediante la pretensión de forzar indebidamente la unidad de una familia, tratando de preservar el vínculo, aun a sabiendas de que entre sus integrantes puede existir uno o varios de ellos sobre quienes recae la sospecha de no existir un lazo filial real. Por tanto, acorde con la normatividad nacional e internacional que privilegia el interés superior de los menores, es inconcuso que la protección de los derechos de los niños merece una tutela mayor por ser la parte más débil dentro del concepto de la familia, y ser quienes pueden sufrir un mayor perjuicio

dependiendo de la medida que se asuma; de ahí que cuando en un litigio el juzgador se ve ante la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación entre valores constitucionales iguales en categoría, o sea, escoger entre la protección del núcleo familiar, frente al derecho de los niños para conocer a plenitud su verdadera filiación, el primero debe ceder respecto del segundo.⁶⁸

En septiembre de 2011, se emitió un pronunciamiento diverso, pero ahora, relacionado con el derecho a la identidad de los menores, estableciendo que éste se encuentra determinado por el conocimiento de sus orígenes y su filiación, de donde se desprenden diversos derechos del menor, como son los derechos alimentarios y sucesorios; lo anterior, al tenor de la siguiente tesis aislada:

DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS. Es un derecho de rango constitucional que deriva del artículo 4 de la Constitución Federal, ya que el objetivo de la reforma a dicho precepto consistió en reconocer como derechos constitucionales todos los derechos de los niños establecidos en los diversos tratados internacionales que México ha suscrito. Así, al estar reconocido el derecho a la identidad en los artículos 7o. y 8o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, es innegable su rango constitucional. Asimismo, de acuerdo a dichos preceptos y al artículo 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el derecho a la identidad está compuesto por el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación. En efecto, si bien la identidad se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales, en términos de derechos, la imagen propia de la persona está determinada en buena medida, por el conocimiento de sus orígenes y su filiación, así como por la identificación que tiene en la sociedad a través de un nombre y una nacionalidad. De la determinación de dicha filiación, se desprenden a su vez, diversos derechos del menor, como son los derechos alimentarios y sucesorios.⁶⁹

Además, se reconoce la existencia de diversos principios rectores en materia de filiación que necesariamente informan la regulación de acciones como la de investigación de paternidad y la admisión de la prueba pericial en materia de genética humana, que consisten en: a) No discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio; b) Verdad biológica; c) Incompatibilidad entre filiaciones

⁶⁸ Tesis: I.10o.C.73 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1661.

⁶⁹ Tesis: 1a. CXVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p.1034.

contrapuestas, y d) Protección del interés del hijo.⁷⁰ Así tenemos que, el derecho a la identidad como derecho humano y fundamental está compuesto, por el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación.

No obstante, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha incurrido en diversas contradicciones al emitir sus pronunciamientos, pues mientras que, en la tesis aislada número I.10o.C.73 C, que se identifica bajo el rubro: “MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA”, se vio privilegiada la búsqueda del núcleo familiar original del menor, por ser un bien jurídico constitucionalmente legítimo que se impone al concepto de familia, en una visión totalmente contradictoria, en la tesis aislada número 1a. XXIV/2014, que se localiza bajo el rubro “DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. ALCANCES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL JUICIO RELATIVO, CUANDO AQUÉLLA SE IMPUGNA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”⁷¹ se faculta al juzgador para que, ante la necesidad de elegir entre la protección del núcleo familiar (vínculo paterno-filial), y el derecho del niño para conocer a plenitud su verdadera filiación (verdad biológica), se deba preservar el vínculo filial. En este sentido, es importante destacar que bastaron solamente cinco años para que la Primera Sala cambiara radicalmente de parecer, dando un revés a sus propias determinaciones y poniendo en duda el grado de razonabilidad con que se está decidiendo sobre el destino de los infantes, como una consecuencia directa de la incorporación del principio del interés superior del menor a la Constitución Federal, lo que pone de manifiesto que, las determinaciones del máximo tribunal del país se ven influenciadas por las tendencias sociales que surgen en un contexto determinado, por lo que son susceptibles de vulnerar, en cualquier momento, los derechos humanos de las personas al no contar con un sustento jurídico sólido.

Así tenemos que, el derecho a la identidad del menor involucra el conocimiento del origen biológico de una persona, pero no se agota en tal elemento,

⁷⁰ Tesis: 1a. CCCXX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2014, p. 578. Bajo el rubro: “Filiación. Forma en que operan los principios rectores en la materia aplicados a casos concretos”.

⁷¹ Tesis: 1a. XXIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 649.

pues también abarca el compromiso político del Estado, tendiente a garantizar a los niños la preservación de los vínculos familiares, de ahí que el derecho a la identidad no tiene el alcance de establecer que la presunción legal de filiación derivada del matrimonio, deba ceder ante cualquier circunstancia a la realidad biológica.⁷² No obstante, esta determinación se traduce en una restricción del derecho tradicional a la búsqueda de la verdad biológica del menor, impidiéndole reencontrarse con su núcleo biológico original.

En este sentido, es conveniente precisar que existen dos situaciones excepcionales en las que esto no ocurre: tal es el caso de la filiación adoptiva y la filiación derivada de la reproducción humana asistida.⁷³ En ambos supuestos, resulta una obviedad que el emplazamiento filial no concuerda con la verdad biológica, por el contrario, en el primero se privilegia un vínculo social, mientras que, en el segundo la voluntad procreacional. Por lo tanto, al no existir coincidencia entre los conceptos 'progenitor' y 'padre', ambos supuestos se excluyen de dicha extralimitación protectora al interés superior del menor.

Bajo este contexto, resulta evidente que la atención nacional e internacional se ha concentrado en las afectaciones que pueden causarse a los menores de edad, en aras de proteger el derecho a la identidad, tras el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad y la ausencia de un vínculo paterno-filial permanente. Empero, indebidamente se ha ignorado que las determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como el actuar de los operadores jurídicos en la toma de decisiones donde intervienen menores de edad, han violentado los derechos humanos del padre no biológico, causándole afectaciones que han sido poco o nada estudiadas y, menos aún, tomadas en consideración al momento de la imposición de obligaciones respecto al hijo no biológico. Por tal motivo, conviene hacer un breve análisis de éstas:

a) Afectación al libre desarrollo de la personalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado respecto a este derecho humano, afirmando lo siguiente:

⁷² Al respecto, véase el apartado IV, relativo a la caducidad de la acción de desconocimiento de la paternidad.

⁷³ Plácido Vilcachahua, Alex Fernando, *El derecho del niño a preservar la identidad en las relaciones familiares, en el sistema internacional de protección de los Derechos del Niño*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 87.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.⁷⁴

En este sentido, es claro que como consecuencia de la imposición de la filiación, así como de las obligaciones alimentarias, hereditarias, y del estado civil en favor del hijo no biológico, se transgrede el libre desarrollo de la personalidad del padre no biológico, al no poder elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida, pues al momento que el juzgador hace efectivas tales cargas, se le está negando el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural que posee, para ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, para que éste pueda cumplir las metas u objetivos que se haya fijado, entre las que se comprenden los fines de procreación, en relación con el número de hijos, el espaciamiento para tenerlos, o bien, no tenerlos, por no estar así contemplado en su proyecto de vida.

b) Afectaciones económicas, del estado civil de las personas y hereditarias. Como se ha referido, la imposición del vínculo paterno-filial trae consigo obligaciones que el padre no biológico debe cumplir, una de ellas es proporcionar una pensión alimenticia en favor del hijo no biológico, tomando como parámetro para su otorgamiento el estilo de vida que éste haya tenido en los últimos años y la capacidad económica del que debe proporcionarla. Además, se tiene que, el apellido paterno del hijo no biológico es inamovible, es decir, debe conservarlo de manera permanente para no afectar su derecho a la identidad; por tal motivo, no

⁷⁴ Tesis: P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7.

solamente seguirá conservando un vínculo de parentesco con el padre no biológico, sino también con los parientes de éste, por lo que, jurídicamente seguirá siendo parte del núcleo familiar extenso, que involucra los hermanos, abuelos, tíos, primos y sobrinos. En este orden de ideas, también se derivan derechos hereditarios en favor del infante, pues al estar jurídicamente reconocido como miembro del núcleo familiar del supuesto progenitor, puede deducir los derechos hereditarios que en su momento le pudieran corresponder respecto del caudal hereditario del causante. Es importante recalcar que se trata de obligaciones impuestas por el juzgador, a cargo del padre no biológico, mismas que deben cumplirse a cabalidad, a pesar de que no exista ningún vínculo biológico con el infante, constituyendo así una violación a las garantías de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva, en relación con el principio *pro persona*.

c) Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria. El origen de una persona solo puede ser determinado a través de una verdad biológica y aun cuando la figura jurídica de la filiación no se base necesariamente en un hecho biológico, sino en situaciones como la posesión de estado de hijo, en los juicios de paternidad debe procurarse encontrar verdades históricas o biológicas que precisen certeza a las partes. Al respecto, Luis Mauricio Mizrahi sostiene lo siguiente:

El hecho biológico de la procreación siempre será el mismo, esto es, siempre inmutable, pues el hecho biológico no sufre modificación alguna, cualquiera que haya sido la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo. En cambio, no sucede así con el vínculo jurídico atribuido por la ley, puesto que es por esencia variable, dado que está sujeto a una estructura normativa que es diferente en el tiempo y en el espacio, de lo que se deduce que su esencia es la mutabilidad.⁷⁵

Por tal motivo, debe considerarse que la imposición de las relaciones paterno-filiales puede tener consecuencias en el tiempo, mismas que pueden derivar en sentimientos de rechazo, culpa o frustración, así como escenarios de violencia física, verbal o psicológica entre los involucrados.

d) Restricción del derecho tradicional a la búsqueda de la verdad biológica. Si bien es cierto que, el interés superior del menor abarca el compromiso político

⁷⁵ Mizrahi, Luis Mauricio, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Argentina, Astrea, 2004, p. 19.

del Estado mexicano, tendiente a garantizar a los niños la preservación de los vínculos familiares, también lo es que, la imposición de las relaciones paterno-filiales constituyen una restricción a la búsqueda de la verdad biológica, pues tan importantes es conocer el propio origen, como obtener de los ascendientes la satisfacción de las necesidades básicas; no obstante, con tales determinaciones sólo se garantiza de manera fehaciente la satisfacción de las necesidades básicas y no así el conocimiento del origen biológico y, en consecuencia, no se está privilegiando una protección integral en favor del infante, como lo mandata la legislación, doctrina y jurisprudencia en el ámbito nacional e internacional, en torno al interés superior del menor.

e) Las políticas públicas en México.⁷⁶ Estas acciones deben estar encaminadas a garantizar la verdad biológica, para no hacer nugatorio el derecho del infante a conocer su verdadero origen y no generarle un espectro de irrealidad. Ahora bien, si la política pública que interesa al Estado, está encaminada a la protección de la identidad filiatoria, es preciso recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 4º de la Constitución Federal, es precisamente el Estado mexicano quien tiene la obligación de garantizar los derechos de los menores, por lo que, en estricto sentido, corresponde a las instituciones gubernamentales atender sus necesidades básicas, entre las que destacan: alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para un desarrollo integral —no así al padre no biológico—, por lo que, si la verdadera intención de las políticas públicas es preservar el derecho de filiación y las relaciones familiares, las instituciones gubernamentales correspondientes deben comenzar por atender las necesidades básicas de los infantes que se encuentran en graves estados de vulneración como consecuencia de la segregación, la marginación y la situación de calle en que actualmente viven miles de infantes en México. De lo anterior se colige que las políticas públicas mexicanas hacen nugatorios los derechos de la niñez, pues continúan siendo discursos que nada tienen de efectividad práctica, utilizadas a conveniencia de los actores políticos para la obtención de recursos económicos que no se emplean para los fines pactados.

⁷⁶ Debemos precisar que las políticas públicas van a ser “todos aquellos proyectos, acciones, actividades, medidas regulatorias y prioridades de gasto público, diseñadas por el Estado para satisfacer las necesidades sociales. Graglia, J. Emilio, *En la búsqueda del bien común. Manual de políticas públicas*, Buenos Aires, Asociación Civil Estudios Populares (ACEP) / Fundación Konrad Adenauer (KAS), 2012, p. 102.

f) La ponderación de principios constitucionales. Como se ha venido señalando, la ponderación es un procedimiento metodológico que busca garantizar la racionalidad de los resultados, en el marco de un procedimiento de interpretación en materia de derechos fundamentales, basándose en la idea de que no existen respuestas únicas.⁷⁷ No obstante, en la práctica, la ponderación de principios constitucionales ha sido materia de malas interpretaciones e incluso utilizada como justificación de decisiones arbitrarias que carecen de solidez argumentativa. En este sentido, Jorge Alexánder Portocarrero Quispe asegura que la práctica de ponderación se encuentra en constante peligro debido a los siguientes factores: la irracionalidad, la subjetividad, la prescindibilidad, el desicionismo, la retoricidad y la inexistencia de estándares para ponderar, por lo que dichos factores pueden influir en cualquier momento, de manera directa, en las determinaciones del operador jurídico; lo anterior es así, porque al no existir criterios o parámetros racionales para realizar una adecuada ponderación, los criterios que emplearán los operadores jurídicos van a provenir de sus prejuicios y concepciones personales; por tal motivo, la ponderación es necesariamente irracional, ya que sirve simplemente para comparar juicios subjetivos sobre bienes colectivos o individuales que, en el caso concreto, le parezcan al juzgador como dignos de protección o como susceptibles de ser limitados; pero además, es utilizada como una técnica de justificación de las valoraciones personales con las que el operador jurídico resuelve un caso, haciendo la ponderación peligrosa y por lo tanto prescindible.⁷⁸ Así tenemos que, la ponderación no es un procedimiento metodológico confiable para resolver los conflictos suscitados entre principios constitucionales.

Finalmente, resulta interesante analizar la afirmación de Fernando Silva García, en el sentido de que, para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la dificultad se centra, no tanto en reconocer la necesidad de proteger eficazmente los derechos, sino en determinar qué derechos o bienes constitucionalmente protegidos priman sobre otros: “el problema es, en resumen, determinar cuál debe ser la dirección interpretativa uniforme, capaz de brindar un sentido coherente a todo el sistema de normas sobre derechos fundamentales en un tiempo determinado, considerando su apertura a diversos aspectos morales, sociales, culturales,

⁷⁷ Portocarrero Quispe, Jorge Alexánder, *¿Peligros de la ponderación? la racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales*, Perú, Universidad de San Martín de Porres, 2015, pp. 81-97.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 84-90.

políticos y económicos en una realidad concreta y dinámica”.⁷⁹ Así tenemos que, el sentido de los derechos fundamentales se ha hecho depender de las ideologías que han imperado en diferentes momentos históricos en nuestro país.

3.2.2. La caducidad de la acción en los juicios de desconocimiento de la paternidad

Un último aspecto a considerar, tiene que ver con los diversos pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación a la caducidad de la acción de desconocimiento de la paternidad, pues de manera genérica ha sostenido que en todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, éste debe deducir la acción dentro de los sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento del supuesto hijo.⁸⁰

En el Estado de Michoacán, esta disposición inicialmente se encontraba contenida en el artículo 315 del Código Familiar de la Entidad y acorde a su contenido establecía un plazo de sesenta días para deducir la acción de desconocimiento de la paternidad. Actualmente, con motivo de diversas reformas legislativas, esta disposición se encuentra consagrada en el artículo 340 del referido cuerpo normativo, mismo que establece un plazo de seis meses, contados desde el nacimiento si está presente el supuesto padre; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude y se le ocultó el nacimiento. En dicho precepto está contenido el propósito del legislador de establecer como condición *sine qua non* que las acciones de esa naturaleza se ejerzan dentro de un tiempo relativamente corto, ya que la ley en principio presume la paternidad del cónyuge; por tanto, como todos los plazos de caducidad, el previsto en el precepto indicado tiene como finalidad generar certidumbre en los derechos y situaciones jurídicas adquiridas con la relación paterno-filial, que constituye el tema de la presunción legal a que se refiere la tesis aislada número 1a. XXIV/2014, relativa a los alcances de la filiación en el juicio de desconocimiento de la paternidad, cuando se impugna a la luz del interés superior del menor.

⁷⁹ Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Porrúa, 2012, p.13.

⁸⁰ Tesis: I.4o.C.304 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, febrero de 2011.

Bajo estas consideraciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el término establecido en dichos preceptos legales, es de caducidad y no de prescripción, porque a pesar de que ambas figuras jurídicas son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, su diferencia consiste, fundamentalmente, en que respecto de la primera, la caducidad es un presupuesto para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio, la segunda, por no tener esa calidad, sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima. De ahí que, el acontecimiento que permite iniciar el cómputo de caducidad para el ejercicio de la acción de contradicción de paternidad, es aquel a partir del cual se surten los elementos del supuesto normativo de la pretensión deducida, es decir, a partir de que el impugnante conozca el hecho del nacimiento del hijo.⁸¹ Además, sostiene que esto es razonable si se considera que en los asuntos que afecten el estado civil de las personas están de por medio derechos de orden público, respecto de los cuales no debe permanecer una situación de incertidumbre; de ahí que, en beneficio de la seguridad jurídica de ese interés superior del menor al conflicto que se pudiera plantear, debe darse una solución definitiva en corto tiempo, a fin de evitar que la referida incertidumbre se prolongue indefinidamente.⁸²

De lo anterior se colige que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto cuestiones urgentes, pero quizá, no las más importantes; aunado a la omisión de dotar de certeza, razonabilidad, proporcionalidad y máxima operatividad sus determinaciones en aquellos asuntos que requieren un análisis profundo respecto a la problemática que se plantea; pues resulta evidente que, en su afán de resolver cuestiones definitivas en corto tiempo, ha constreñido al cónyuge varón a un plazo determinado para deducir la acción de desconocimiento de la paternidad, sin tomar en consideración las particularidades de cada caso concreto, lo cual se traduce en una limitación a quien se ubica en tal supuesto, para acceder a una decisión judicial que dirima su pretensión de desconocimiento de paternidad de un hijo, sin que dicho precepto se sustente en una razón constitucionalmente válida, contraviniendo los derechos que en su favor consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir del principio *pro persona*; de ahí que no pueda

⁸¹ Tesis: I.4o.C.304 C, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, febrero de 2011, p. 2359.

⁸² Idem.

alegarse una superioridad axiológica atendiendo a la supremacía constitucional, virtud a que ambos son principios consagrados en el marco de la Constitución Federal y de los Tratados Internacionales de los que México forma parte.

3.2.3. La identidad filiatoria y el derecho a la verdad

Eduardo J. Couture sostenía que “es posible afirmar que existe un principio ínsito, aunque no exista texto expreso en el derecho procesal que determina un deber de las partes de decir la verdad. El proceso tiene cierta nota necesaria, cierta inherencia de verdad, porque el proceso es la realización de la justicia y ninguna justicia se puede apoyar en la mentira”.⁸³

En el ámbito del Sistema Interamericano, el derecho a la verdad se vinculó inicialmente con el fenómeno extendido de la desaparición forzada. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han establecido que la desaparición forzada de personas tiene un carácter permanente o continuado que afecta una pluralidad de derechos, tales como el derecho a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento a la personalidad jurídica. De esta forma, se ha indicado que el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos. En suma, ambos órganos han sostenido que la práctica de la desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano de derechos humanos y cuya prohibición ha alcanzado el carácter de *jus cogens*.

El derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Asimismo, en determinados supuestos el derecho a la verdad guarda relación con el derecho de acceso a la información, contemplado en el artículo IV de la Declaración Americana y el artículo 13 de la Convención Americana.

⁸³ Couture, Eduardo J., “El deber de las partes de decir la verdad”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1950, p. 126.

Bajo dichas disposiciones, el derecho a la verdad comprende una doble dimensión. En primer lugar, se reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos. Ello implica que el derecho a la verdad acarrea la obligación de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los casos de graves violaciones de derechos humanos, así como, dependiendo de las circunstancias de cada caso, garantizar el acceso a la información sobre graves violaciones de derechos humanos que se encuentran en instalaciones y archivos estatales. En segundo lugar, se ha consolidado la noción que este derecho no sólo corresponde a las víctimas y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto. Al respecto, la Comisión ha sostenido que toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro.

Las Comisiones de la Verdad son “órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años”⁸⁴. Al respecto, se han resaltado la importancia de las Comisiones de la Verdad como un mecanismo extrajudicial de justicia transicional, orientado al esclarecimiento de situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. En ese sentido, diversos órganos se han valido de la información proporcionada por los informes finales como fuente de información y elementos de prueba en relación con casos tramitados ante el sistema de casos y peticiones.

Diversos países han avanzado en la adopción e implementación de iniciativas orientadas a la reconstrucción y memorialización de la verdad histórica, el esclarecimiento de las violaciones de derechos humanos, la dignificación de las víctimas y la reconciliación social. En ese sentido, se ha indicado que “si la verdad

⁸⁴ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

es una condición previa de la reconciliación, la justicia es al mismo tiempo su condición y su resultado”.⁸⁵

No obstante, el derecho a la verdad no debe ser una condición exclusiva de desapariciones forzadas y crímenes de lesa humanidad, sino que debe conformar la piedra angular de todos los esquemas de justicia, en el caso concreto de la justicia en materia familiar y, específicamente, atendiendo a los casos donde se vean involucrados derechos de los menores de edad.

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el derecho de identidad de los menores se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad y a conocer su filiación y su origen, salvo en el caso que las leyes lo prohíban. Así, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor, constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, cuya importancia no sólo radica en la posibilidad de solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y el conocimiento de su origen genético, sino que a partir de esos elementos puede derivarse, por una parte, su derecho a tener una nacionalidad y, por otra, el derecho a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral.⁸⁶

Por lo anterior, el derecho a la identidad del menor, también ampara el derecho de acceso a la información, consistente en dar, conocer y recibir la información solicitada para el esclarecimiento de hechos controvertidos. No obstante, con las determinaciones inherentes a la prevalencia de la identidad filiatoria frente a la verdad biológica de los infantes, se ha buscado ocultar información respecto del verdadero origen de los infantes, privándolos de conocer información trascendental para su desarrollo psicológico y social.

El alcance que reviste el concepto de identidad del infante en relación con el derecho a la verdad, reside en que la identidad personal ha sido caracterizada como el derecho de cada uno de ser uno mismo, de distinguirse y de ser distinto, sobre la base de sus propios atributos y cualidades personales. Configura un derecho

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Tesis 1a. CXLII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 260.

personalísimo que tiende a resguardar un falseamiento y desnaturalización, tanto del sujeto en sí, como en lo que concierne a su proyección social, procurando que no se presente como un ser humano concreto con atributos que no son propios de su personalidad.⁸⁷

La protección de este derecho, en consecuencia, se dirige a que la persona no quede cristalizada en la no coincidencia con su verdad histórica y, por eso, apunta a la defensa de su “mismidad” ante toda acción que pretenda desfigurarla. La identidad personal, en suma, “es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”.⁸⁸

Por supuesto que la búsqueda de la verdad debe ser admitida sin ambages. Su ocultamiento es un acto de deshumanización porque aquella tiene un valor estructurante y es deseada inconscientemente por el niño que reclama la autenticidad de su esencia filiatoria.⁸⁹ Empero adviértase que otra verdad –al lado de la biológica- que no podrá ser ignorada: la sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana.⁹⁰

⁸⁷ Mizrahi, Luis Mauricio, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁸ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Bs. As., Astrea, 1992. p. 34.

⁸⁹ Dolto, Françoise, *La causa de los niños*, Bs. As. Paidós, 1986, p. 121.

⁹⁰ Benabent, Alain, *Droit civil. La famille*, Paris, Litec, 1988, p. 310.

CAPÍTULO IV. ESTUDIO DE CASO RELATIVO A LA PREVALENCIA DE LA IDENTIDAD FILIATORIA FRENTE VERDAD BIOLÓGICA EN EL JUICIO DE DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD

SUMARIO. *4.1 Juicio Ordinario Familiar número 326/2013 radicado en el Juzgado Primero de Primera Instancia en Materia Familiar del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán 4.2 Recurso de Apelación número I-329/2015 radicado en la Sexta Sala en Materia Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán 4.3 Amparo Directo número 89/2016 radicado en el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil Del Décimo Primer Circuito en el Estado.*

En el presente capítulo se realiza un estudio de caso basado en las sentencias que se originaron a partir de la tramitación del Juicio Ordinario Familiar número 326/2013 que sobre desconocimiento de la paternidad y otras prestaciones fue radicado en el Juzgado Primero de Primera Instancia en Materia Familiar de Morelia, Michoacán, con el que se evidencía la extralimitación protectora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la discrecionalidad abusiva de los operadores jurídicos quienes han sostenido que, en el caso concreto, frente a la verdad biológica debe prevalecer la identidad filiatoria que los infantes consolidaron en el tiempo; determinaciones que caen en absurdos jurídicos que se han sustentado a la luz del interés superior del menor, pues a través de un concepto indeterminado como es el aludido principio se han constreñido a crear verdades aparentes basadas en ficciones de la ley.

Por lo anterior, y en aras de privilegiar la identidad de quienes intervinieron en el juicio de mérito, entre ellos los menores de edad involucrados, se han omitido sus nombres, por lo que, en lo sucesivo se les identificará como “La madre”, “El padre”, “La hija” y “El hijo”.

4.1. Juicio Ordinario Familiar número 326/2013 radicado en el Juzgado Primero de Primera Instancia en Materia Familiar del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán

El 8 de abril de 2013 “La madre” promovió Juicio Ordinario Familiar, mismo que por razón de competencia tocó conocer al Juzgado Primero de Primera Instancia en

Materia Familiar del distrito judicial de Morelia, Michoacán, en el que reclamó de “*El Padre*” las siguientes prestaciones: la disolución del vínculo matrimonial, la pérdida de la patria potestad de “*La hija*” y “*El hijo*”, la fijación de alimentos definitivos del 60% de las percepciones económicas de “*El padre*” en favor de “*La hija*” y “*El hijo*”, así como el pago de los gastos y costas del juicio.

Una vez admitida a trámite la demanda de mérito, se autorizó al actuario del juzgado para que llevara a cabo el emplazamiento correspondiente a “*El padre*” para el efecto de que compareciera a oponer sus excepciones y defensas en la cuerda familiar, además fue designada una tutora interina a los menores y se le dio vista a la Fiscal adscrita para que manifestara lo que a sus intereses conviniera.

Así, el 27 de mayo de 2013 se tuvo a “*El padre*” contestando la demanda entablada en su contra, oponiendo excepciones y defensas, y acusándole rebeldía a la contraria, así como ofertando medios de convicción y señalando domicilio para oír y recibir notificaciones de carácter personal. Pero además, se le tuvo por presentada y admitida a trámite en la vía ordinaria familiar, demanda reconventional frente a “*La madre*” reclamando el desconocimiento de la paternidad de “*La hija*” y “*El hijo*”.

Por tal motivo, el 2 de julio de 2013 se aperturó el juicio a prueba por el término de ley. Entre los medios de convicción ofrecidos por las partes destacan diversas pruebas documentales, testimoniales, confesional de posiciones, informes rendidos por trabajo social, así como por instituciones gubernamentales y dictámenes periciales en materia de psicología; así, para efecto del estudio de caso que se realiza, es importante destacar dos pruebas que fueron indispensables para que “*El padre*” acreditara la inexistencia de un vínculo biológico entre éste y “*La hija*” y “*El hijo*”:

12. CINTA MAGNÉTICA. Consistente en el microcassette de la marca Maxtell, modelo MC-60UR, color verde con blanco, la cual incluye en el lado B del mismo, la conversación entre * * * y la actora * * *, misma que se hace alusión y se describe dentro del hecho cuarto de la contestación de demanda de * * * y puesta a disposición de este Tribunal.

La relevancia de dicha cinta magnética radica en su contenido, pues daba cuenta de una conversación telefónica entre “*La madre*” y un tercero, quién

presuntamente fuera el progenitor o padre biológico de “La hija” y “El hijo”; a través de dicha comunicación “La madre” externaba su preocupación virtud a que sospechaba que “El padre” se enterase de la verdad, esto es, que no era el padre biológico de los menores. Situación que originó el ofrecimiento de la prueba en materia de genética humana:

20. PERICIAL MÉDICA. En materia de genética humana o molecular de ADN (Ácido Desoxirribonucleico), consistente en el estudio genético molecular de paternidad, efectuada con base a estudios de laboratorio, exámenes físicos y químicos, genéticos de ADN, o los que los peritos en la materia determinen para ello, y que deberá realizarse en los menores * y * ambos de apellidos * *, así como en el suscrito * *; Lo anterior para determinar los códigos genéticos de paternidad y filiación, de los menores así como del suscrito, toda vez que esta probanza resulta fundamental para resolver la controversia que se plantea; y atendiendo a los preceptos del 1 al 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3°, 4°, 7°, 41, 48 y 49 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; artículos 11 y 867 del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, disposiciones normativas de las que se desprende la obligación de las autoridades judiciales de velar por el interés superior de los menores y de allegarse pruebas que estimen pertinentes para fallar el litigio en el que se puedan afectar los derechos de un menor, tomando en consideración además, que el interés de los niños es superior a cualquier circunstancia, lo que obliga al Estado a adoptar todas las medidas necesarias –hasta el máximo de los recursos de los que disponga- con el fin de salvaguardar los derechos de los infantes.

A pesar de diversas dilaciones procesales generadas por “La madre” para evitar la realización de la prueba de ADN, el 8 de agosto de 2013 se tomaron muestras de sangre, cabello y saliva a “La hija”, “El hijo” y “El padre”. Posteriormente, el perito que fue designado para tal efecto rindió el dictamen pericial correspondiente mediante el que se determinó la inexistencia de un vínculo biológico entre “El padre” y los infantes. Dicho dictamen fue objetado por “La madre”, razón por la que, el juez de la causa decretó para mejor proveer que se practicara nuevamente la prueba pericial en genética molecular ADN, esta vez también en “La madre”, a cargo de un perito especializado designado por la Dirección de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Estado. De esta manera, el 5 de diciembre de 2013 se rindió el segundo dictamen pericial,

mediante el cual se concluyó nuevamente que no existe ningún vínculo biológico entre “El padre” y “La hija”, ni tampoco entre “El padre” y “El hijo”.

Es importante señalar que previo a dictar la sentencia definitiva dentro de la cuerda familiar de mérito, se ordenó la realización de diversas actuaciones, entre otras, la audiencia de menores para el efecto de que “La hija” y “El hijo” fueran escuchados en juicio, asimismo, una audiencia de progenitores, abuelos maternos y menores, la realización de valoraciones psicológicas a las partes intervinientes, diversas visitas domiciliarias por parte del área de Trabajo Social del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, así como la rendición de informes por parte de los tutores interinos de los infantes y de la fiscal adscrita a la causa.

Finalmente, el 10 de octubre de 2015 se pronunció sentencia definitiva dentro del controvertido familiar que nos ocupa, en los siguientes términos:

PROPOSICIONES:

PRIMERA.- (...)

SEGUNDA.- (...)

TERCERA.- Se declara disuelto el vínculo matrimonial existente entre “La madre” y “El padre”.

CUARTA.- Por los motivos expuestos en el considerando cuarto de la presente sentencia, se declara procedente el desconocimiento de la paternidad, demandada por quien indica, declarándose que éste no es el padre biológico de los menores, para todos los efectos legales a que haya lugar. De causar ejecutoria la presente sentencia, gírese atento oficio con los insertos necesarios del caso, al Oficial Primero del Registro Civil de esta ciudad, a efecto de que realice las anotaciones respectivas en el acta de inscripción de nacimiento de los nombrados menores (...) en cuanto a que los registrados no son hijos de “El padre”, por lo que no les corresponde como apellido paterno el de XXX, debiendo a su vez girar comunicación al Jefe del Archivo del Poder Ejecutivo, de esta entidad para que proceda de la misma manera en el libro duplicado de nacimiento.

QUINTA.- No se hace condena en pérdida de la patria potestad, por los razonamientos vertidos en el considerando quinto de esta resolución.

SEXTA.- (...)

SEPTIMA.- (...)

OCTAVA.- (...)

NOVENA.- (...)

DÉCIMA.- Por lo expuesto en el considerando tercero de la presente sentencia, se declara que ha cesado la obligación de “El padre”, de proporcionar alimentos a

favor de los menores que indica. Una vez que cause ejecutoria esta sentencia, gírese oficio a la fuente de trabajo del demandante, para que se lleve a cabo la cancelación de los descuentos que se vienen haciendo a éste, hasta por el 40% cuarenta por ciento de todas y cada una de las percepciones económicas que obtiene como empleado de la institución en comento.

DECIMA PRIMERA.- Se absuelve a “El padre”, del pago de la pensión alimenticia que demandó “La madre”, en favor de “El hijo y “La hija” por los razonamientos expuestos en el considerando respectivo del presente fallo.

DECIMA SEGUNDA.- (...)

DECIMA TERCERA.- (...)

DECIMA CUARTA.- No se hace especial condena en gastos y costas de esta instancia, debiendo de soportar cada una de las partes, las que hubiere erogado con la tramitación del presente juicio.

DECIMA QUINTA.- Notifíquese Personalmente a las partes, háganse las anotaciones correspondientes, en el Libro de Gobierno que se lleva en este Juzgado y cúmplase.

4.2. Recurso de Apelación número I-329/2015 radicado en la Sexta Sala en Materia Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán

El 18 de noviembre de 2015, “La madre” interpuso Recurso de Apelación en contra de la resolución dictada dentro del Juicio Ordinario Familiar radicado en el Juzgado Primero de Primera Instancia en Materia Familiar con el número 326/2013. Medio de impugnación que por razón de turno y competencia tocó conocer a la Sexta Sala en Materia Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, registrándose bajo el número I-329/2015. Aduciendo, entre otros argumentos, que se debía privilegiar el interés superior de los menores evitando que se les retirara el apellido paterno con el que fueron registrados desde su nacimiento, pues esto vulneraba su identidad, generando incertidumbre legal respecto a la misma; pero además, argumentó que no debía cesar la obligación de “El padre” de proporcionar alimentos en favor de “La hija” y “El hijo” pues esto los colocaba en un estado inminente de vulnerabilidad; lo anterior, a pesar de la inexistencia comprobada de un vínculo biológico entre “El padre” y los infantes.

De esta manera, el 8 de diciembre de 2015, se dictó la resolución de alzada al tenor de los siguientes puntos resolutivos:

PRIMERO. Esta sala es competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación.

SEGUNDO. Son esencialmente fundados los agravios hechos valer por la actora principal y demandada en vía de reconvención, supliendo la deficiencia de la queja en favor de los menores involucrados en la contienda; en consecuencia,

TERCERO. Se modifica la sentencia definitiva impugnada, para que en lo sucesivo rija como expuesto quedó en la parte final del considerando tercero de este fallo.

CUARTO. No se hace especial condena en costas de esta instancia.

QUINTO. Notifíquese personalmente.

Como puede apreciarse, en la resolución de segunda instancia, contrario a la sentencia pronunciada por el juzgador de origen, se evidencía la discrecionalidad abusiva con que se determinó que en atención a este principio proteccionista “*La hija*” y “*El hijo*” conservarían el apellido paterno de “*El padre*” de manera definitiva, pero además, se le impuso la obligación de continuar suministrado alimentos en favor de los referidos infantes por un equivalente al 40% de sus percepciones económicas, así como la subsistencia de los derechos hereditarios que en su momento les pudieran corresponder y todos los derivados del derecho de familia, sustentando la construcción de esta verdad aparente con la tesis aislada número 1a. XXIV/2014, que se localiza bajo el rubro “DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. ALCANCES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL JUICIO RELATIVO, CUANDO AQUÉLLA SE IMPUGNA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”, mediante la que se faculta al juzgador para que, ante la necesidad de elegir entre la protección del núcleo familiar (vínculo paterno-filial), y el derecho del niño para conocer a plenitud su verdadera filiación (verdad biológica), se deba preservar el vínculo filial.⁹¹

La determinación del juzgador secundario pone de manifiesto la excesiva apertura e indeterminación del principio del interés superior del menor, lo que hizo inevitable que al momento de su aplicación, las decisiones de éste se hayan basado en su convicción y predilección personal y, en consecuencia, que sus predicciones de los efectos de decisiones actuales en el futuro de “*La hija*” y “*El hijo*” hayan sido meramente especulativas, pues no hay consenso acerca del valor inherente a una

⁹¹ Tesis: 1a. XXIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 649.

elección determinada entre las opciones posibles, lo que hace que el principio del interés superior del menor sea inapropiado para los fines que se pretendidos.

Por otra parte, no debe pasar desapercibida la inexistencia de disposiciones jurídicas que de manera coactiva impongan la obligación de que, bajo determinadas circunstancias o bajo el amparo de la ley, el Estado Mexicano deba privilegiar una identidad filiatoria consolidada en el tiempo, frente a una verdad biológica. En otros términos, no existe mandato convencional que faculte al Estado Mexicano para que imponga una presunción legal de filiación derivada del matrimonio ante la “realidad biológica”, independientemente de que el menor pudiera haber desarrollado una confianza legítima y pertenencia hacia el cónyuge varón a partir de un vínculo temporal, pues no sólo se relaciona con el derecho que tiene el menor a indagar y conocer la verdad sobre su origen, sino que además, ese conocimiento involucra un trascendental cúmulo de derechos que le resultan fundamentales, mismos que deben ser garantizados por el Estado Mexicano, a través de sus instituciones, no así por el particular mediante la imposición coactiva de obligaciones filiatorias y alimentarias que no tienen sustento real ni asidero jurídico.

Así, el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, lo que constituye el criterio orientador de las políticas públicas dirigidas a la niñez, quedando obligado el Estado a cumplir con ese encargo constitucional, lo que se traduce en una prestación de hacer; esto es, proveer lo necesario para propiciar el ejercicio pleno de esos derechos, así como otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven a su cumplimiento. Sin embargo, es claro que los ordenamientos legales no facultan al juzgador para imponer obligaciones directas a terceros -como lo es privilegiar la identidad filiatoria, frente a la realidad biológica-, para con ello garantizar una obligación que compete principalmente al Estado, virtud a que el particular es un mero coadyuvante de la obligación que tiene el Estado de velar el interés superior del menor.

Ahora bien, la Magistrada de la Sexta Sala en Materia Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, motivó indebidamente la resolución impugnada

basándose en las manifestaciones de “La hija” y “El hijo” resultado de las valoraciones psicológicas que les fueron practicadas, determinaciones que le llevaron a considerar que:

... se debe privilegiar el derecho de los infantes a la identidad filiatoria, con el fin de preservar los vínculos familiares, por haber desarrollado una confianza legítima y pertenencia hacia quien reconocen como “El padre”, como así se desprende de las valoraciones psicológicas que se les realizaron, por la psicóloga * * *, en donde se concluyó que “La hija”, en relación al padre ha desarrollado una imagen idealizada, como una manera de compensar su ausencia, que identifica a “El padre” como figura paterna, expresa su deseo de convivir con él y que su familia continuara unida; así como “El hijo”, en relación al padre, expresa una intensa necesidad de su presencia en su vida, ante la ausencia de una figura paterna, el menor idealiza esta figura, ya que lo considera como quien puede protegerlo y cuidarlo, lo que a su vez le genera desilusión, ya que es ausente para él; lo que conlleva a no ceder a la realidad biológica, a fin de preservar los derechos humanos de los menores y procurar su desarrollo, toda vez que el desconocimiento de la paternidad no establece filiación alguna y, si en cambio, destruye el vínculo filial existente, generándoles una incertidumbre legal sobre su identidad, la que el Estado está obligado a proteger en todo momento.

Sin embargo, el resolutor secundario inobservó un presupuesto inicial del interés superior del menor, que consiste en que éste no siempre coincide con sus opiniones, sentimientos o deseos, máxime que no se trata de acceder a cuanto pida, pues bien, para que tales manifestaciones pudieran haber sido tomadas en consideración debió atenderse a lo siguiente:

I. Para que la opinión del menor pueda ser tomada en consideración debe existir un previo análisis que concluya en que sus opiniones, sentimientos o deseos le convienen real y objetivamente.

II. Para que pueda hablarse de una verdadera relevancia de la opinión o voluntad de un menor, antes de su valoración, debe determinarse si por su edad y madurez pueden aquellas ser consideradas efectivamente como opinión (manifestación de conocimiento) y voluntad (exteriorización de un querer consciente y libre), es decir en sentido jurídico, no mero *flatus vocis*; porque solo cuando se dan en la persona unos mínimos intelectivos y volitivos pueden tener trascendencia y ser considerados jurídicamente. Ello comporta, como requisito previo, la concurrencia de

estos presupuestos intelectivos y volitivos, que, para lo que aquí concierne, no coinciden exactamente con idénticos requisitos negociables, pero deben existir y es lo que suele llamarse *discernimiento o madurez* del menor; luego, es necesario que tales opiniones y deseos sean suyos, realmente del propio menor, no de otras personas que lo manejan y de las que el niño es mero portavoz.

III. Aun suponiendo que concurren los elementos antes mencionados (edad razonable, discernimiento o madurez, criterio independiente, no teledirigido), es preciso que la opinión, sentimiento o deseo del menor, para ser atendido, sea objetivamente valioso y razonable: que lo que él diga o quiera tenga una mínima coherencia y racionalidad, fruto de un conocimiento de la realidad y experiencia de vida, y congruente con los fines perseguidos, lejos de utopías, sinrazones y meros caprichos y, además, que lo que el menor diga o desee sea conveniente para él o ella, en su caso y circunstancias concretas, de cuya conveniencia habrán de juzgar quienes escuchen al menor antes de tomar una decisión que le afecte.

Ahora bien, el interés del menor no siempre tiene un sentido idéntico, homogéneo, unas veces se presenta como interés autónomo y otras se halla integrado en el interés de un grupo, casi siempre el familiar: podemos hablar de un interés autónomo cuando actúa como el único relevante en un cierto contexto social y normativo, de forma que debe sobreponerse a cualquier otro; ahora bien, cuando el interés del menor se halla integrado dentro de un grupo familiar, el interés familiar no es supraindividual, contrapuesto al de cada uno de sus componentes, sino la suma de los intereses de los individuos que forman el grupo, habiendo tantos intereses individuales, como personas, y cada uno debe ser valorado *per se* o en conflicto con otros, según las necesidades y situación concreta de cada miembro y no por subordinación a un supuesto interés superior (supraindividual).

Así, el valor que se conceda en cada supuesto a la opinión, voluntad o sentimientos de los menores, dependerá de su autenticidad (es decir, que sean realmente suyos y no inducidos por otras personas), razonabilidad (coherencia, realizabilidad de sus deseos, frente a idealismos y utopías) y conveniencia para el propio menor (que se queda en una visión de lo inmediato y se le escapa la de su interés a mediano o largo plazo), pero también dependerá notablemente de la posición ideológica, jurídica, psicológica o educacional, y del punto de vista más o

menos autoritario o liberal del juzgador, cuyo subjetivismo, aún con la mejor intención será en algún momento perturbador, aunque inevitable.

De esta manera, la Magistrada de la Sexta Sala en Materia Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, inobservó lo dispuesto en la Tesis 1a./J. 72/2013, misma que tiene aplicación al caso concreto, al establecer lo siguiente:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU OPINIÓN EN UN PROCESO JURISDICCIONAL QUE LE AFECTE NO TIENE FUERZA VINCULANTE PARA EL ÓRGANO QUE CONOCE DEL ASUNTO. De la interpretación de los artículos 4o., párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se concluye que el interés superior del menor implica el derecho de éste a expresar su opinión, la cual será tomada en cuenta en todos los asuntos que le afecten, sin que lo anterior signifique que deba acatarse indefectiblemente lo expresado por él en los procesos jurisdiccionales que puedan afectarle, es decir, no tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional que conoce del asunto, ya que, en aras de su protección integral, el juzgador debe ponderar todas las circunstancias del caso -con inclusión de la opinión del menor-, para emitir una resolución armónica y respetuosa de sus derechos humanos, en concordancia con el principio citado.⁹²

Finalmente, debe decirse que el *a quo* determinó equivocadamente que, al subsistir la filiación entre “*El padre*” y “*Los hijos*” resultaba improcedente la cesación del pago de pensión alimenticia que en forma provisional otorgaba en su favor, aduciendo que:

“En consecuencia, por subsistir la filiación existente entre “*El padre*” y actor en vía de reconvencción * * * *, con los menores “*La hija*” y “*El hijo*”, se declara improcedente la cesación del pago de la pensión alimenticia que en forma provisional viene otorgando a su favor, dada la obligación que de conformidad con lo estatuido en el artículo 456 del Código Familiar, tiene de dar alimentos, resultando, en cambio, procedente la acción deducida por “*La madre*”, correspondiente al pago de una pensión alimenticia definitiva a favor de los citados infantes y a cargo del demandado; por lo que atendiendo a que los alimentos son una institución de orden público, que tiene como objetivo fundamental proporcionar a quien no se puede allegar por sus propios medios lo necesario para su subsistencia cotidiana en forma

⁹² Tesis 1a./J. 72/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIII, agosto de 2013, p. 296.

integral, comprendiendo la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, además, respecto de los menores, los gastos para su educación y para proporcionarles un oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales, quienes gozan de la presunción de necesitarlos, como lo establecen los numerales 453 y 464 del código de familia, atendiendo además a que los mismos deben otorgar según las necesidades de quien los requiere, así como la posibilidad del que los debe de otorgar, se estima equitativo y proporcional el 20% veinte por ciento de todas y cada una de las percepciones económicas, que obtiene “El padre”, como empleado de * * * * *, una vez hechas las deducciones de ley o de cualquier otro ingreso que llegare a obtener, como pago de pensión alimenticia a favor de “La hija” y “El hijo”, en forma mensual, dado que no inadvierte que también debe proporcionar el sustento a su diverso hijo * * *, a quien tiene bajo su custodia y a sus propias necesidades; por lo que una vez que cause ejecutoria la presente resolución, se debe girar el oficio correspondiente a dicha fuente de trabajo para que se realicen los descuentos respectivos.

Determinación que resulta inconstitucional y violatoria de los derechos humanos de “*El padre*”, virtud a que, no obstante que se le obligó a reconocer una identidad filiatoria respecto de quienes biológicamente no son sus descendientes, también de se le impuso la obligación de proporcionarles una pensión alimenticia definitiva a razón del 20% de todas y cada una de sus percepciones económicas, determinación que no tiene sustento legal ni asidero jurídico, pues de conformidad con el artículo 446 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, se determina que la obligación de proporcionar alimentos recae en los progenitores:

Artículo 446. Los progenitores están obligados a dar alimentos a sus hijos. Sin que tal obligación comprenda la de proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado.

No obstante, a pesar de que en el juicio de origen quedó plenamente desvirtuado el vínculo biológico entre “*El padre*” y los infantes, a través del ofrecimiento, admisión y desahogo de los medios de convicción idóneos, como fue la prueba pericial en materia de genética molecular (ADN), resulta incongruente que pese a constituir un hecho científicamente probado, se imponga la obligación de proporcionar alimentos en favor de “*La hija*” y “*El hijo*”, máxime porque del análisis del dispositivo legal invocado se advierte que la obligación corresponde directamente al progenitor respecto de sus hijos, por lo que, en el caso concreto no encuadra la

hipótesis normativa que pretende imponer indebidamente el *a quo*, virtud a que “*El padre*” no es el progenitor de los infantes y, por tanto, no le asiste la obligación de proporcionarles alimentos, en todo caso, es a la progenitora de éstos, a quien le asiste dicha obligación. Con esta determinación pone nuevamente de manifiesto la abusiva discrecionalidad en que incurrió el resolutor, inobservando lo dispuesto en la Tesis I.5o.C.5 C, que se identifica bajo el siguiente rubro:

ALIMENTOS. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR NO JUSTIFICA QUE EL JUZGADOR IMPONGA CARGAS DESMEDIDAS AL DEUDOR ALIMENTARIO. Es verdad que al fijar una pensión alimenticia a favor de un menor, el juzgador debe velar siempre por el interés superior de éste, pero ello no impide adecuar las necesidades alimentarias a la posibilidad de quién o quiénes deben satisfacerlas, pues en el otro extremo se encuentran los derechos del deudor alimentario, los cuales, aunque ciertamente están por debajo de los que corresponden a los infantes, no por ello la facultad del juzgador puede ser arbitraria o desmedida bajo la justificación del interés superior del menor. En ese sentido, el juzgador debe procurar que las obligaciones que impone a las partes a través de sus decisiones no resulten ostensiblemente desmedidas en perjuicio no sólo del deudor alimentario sino, inclusive, del propio menor, pues en el supuesto de que la carga alimentaria fuere superior a la capacidad económica del deudor, podría generar que a la postre no estuviera en aptitud de solventar esa carga económica, o bien, que ante lo desmedido de ésta, aquél no pudiera satisfacer las necesidades mínimas para su propia subsistencia, pues tal extremo no es el que el espíritu del legislador plasmó al emitir normas protectoras de los menores.⁹³

4.3. Amparo Directo número 89/2016 radicado en el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Primer Circuito en el Estado

Los argumentos sostenidos en el apartado anterior, sirvieron de fundamento para que “*El padre*” y “*La madre*” acudieran a solicitar el Amparo y Protección de la Justicia Federal en contra de la resolución pronunciada dentro del Recurso de Apelación I-329/2015 radicado en la Sexta Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, de donde se originaron los Amparos Directos 89/2016 y 90/2016, radicados por razón de turno y competencia en el Segundo Tribunal

⁹³ Tesis I.5o.C.5 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, p. 1890.

Colegiado en Materia Civil del Décimo Primer Circuito con sede en Morelia, Michoacán, teniéndose por admitido a trámite el 4 de febrero de 2016.

De esta manera, el 16 de junio de 2016 se pronunció la resolución dentro del Amparo Directo 89/2016, promovido por “*El padre*” en el que se le negó el Amparo y Protección de la Justicia Federal, confirmando la resolución de segunda instancia pronunciada por la Sexta Sala de Supremo Tribunal de Justicia del Estado, aduciendo que los razonamientos expuestos por el *a quo* se encontraban plenamente fundados y motivados a la luz del interés superior del menor, por lo que, subsistía la obligación de “*El padre*” de proporcionar una pensión alimenticia definitiva en favor de “*La hija*” y “*El hijo*”, a razón del 20% para cada uno de ellos, del total de las percepciones económicas del primero de los mencionados, así como la prevalencia de la identidad filiatoria, que se traduce en la conservación del apellido paterno de “*El padre*” en favor de los infantes.

En casos como el que se analiza, la decisión de autoridad es insostenible, claramente contraria al sentido y alcance de la disposición que se pretende aplicar. Y en ese caso estaríamos irrecusablemente ante una ilegalidad. La interpretación irrazonable no es la falta de soluciones legales o hermenéuticas ajustadas al caso, sino la interpretación sesgada que tuerce el camino que deben recorrer las autoridades para producir la decisión.⁹⁴

Con lo anterior, se pone de manifiesto cómo es que la extralimitación protectora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al principio del interés superior del menor ha sido un parteaguas en la práctica de la discrecionalidad abusiva por parte de los operadores jurídicos, quienes se han constreñido a resolver con base en factores meramente procesales, de los que se debe prescindir debido a la superficialidad que representan, especialmente cuando se trata de cuestiones tan complejas como decidir el futuro de los infantes.

Pero además, debe observarse que existen factores del núcleo duro de la justicia familiar que no han sido considerados, y cuyo análisis resulta indispensable pues las sentencias que se dicten bajo este trazado pondrán de relieve

⁹⁴ Rendón Huerta Barrera, Teresita, *El canon constitucional de razonabilidad*, México, Porrúa, 2017, p. 2.

determinaciones que respondan a realidades jurídicas objetivas y que prescindan de sentimentalismos absurdos.

Finalmente, resulta indudable que el Estado Mexicano se ha convertido en un constructor de verdades aparentes basadas en ficciones de ley para evadir la responsabilidad que le asiste por mandato constitucional frente a los menores de edad, haciendo un desplazamiento de obligaciones para que estas sean soportadas por terceros.

CAPÍTULO V. PROPUESTA DE UN MODELO DE JUSTICIA FAMILIAR: DIMENSIONES DE ESTUDIO INSOSLAYABLE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE IDENTIDAD FILIATORIA Y VERDAD BIOLÓGICA DONDE INTERVENGAN MENORES DE EDAD

SUMARIO. 5.1 *La dimensión científica* 5.2 *La dimensión axiológica*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra la garantía de legalidad que contempla el hecho de que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.⁹⁵ En el mismo sentido, el Código Familiar para el Estado de Michoacán establece que “toda sentencia debe fundarse en la ley, en los tratados internacionales y en la jurisprudencia; mas cuando la controversia no se pueda decidir ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración las circunstancias de cada caso en concreto”.⁹⁶ Así mismo, el artículo 1046 del citado ordenamiento legal determina las características que deben reunir las sentencias que se pronuncien dentro de los juicios del orden familiar, entre las que destacan: claridad, precisión, fundamentación, motivación y exhaustividad.⁹⁷ Finalmente, en lo que respecta a los menores de edad se hace una mención especial:

Artículo 1047. Cuando la controversia verse sobre derechos de menores de edad (...) el juez deberá pronunciarse sobre aspectos que no sean materia del litigio, pero relacionados con el mismo, siempre que impliquen un beneficio a favor de aquellos; en este caso, deberá fundar y motivar adecuadamente sus determinaciones.⁹⁸

A través de la adecuada motivación y fundamentación de una sentencia se evidencia la racionalidad de la misma; es decir, la motivación no se mide por la extensión del texto, sino por la calidad y claridad del discurso, no debe ser una

⁹⁵ Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, p. 15, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

⁹⁶ Artículo 1045 del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Michoacán, el 30 de septiembre de 2015, p. 167, <http://leyes.michoacan.gob.mx/destino/O10677fue.pdf>

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

enumeración material e incongruente de pruebas, ni una reunión heterogénea o contradictoria de hechos, razones y leyes, sino un todo armónico formado por los elementos diversos que se eslabonen entre sí, que converjan a un punto conclusivo para ofrecer certeza jurídica a las partes que intervienen en juicio.

No obstante, en la práctica del derecho familiar existen algunos aspectos procesales de los que es factible prescindir al momento de fundar y motivar una sentencia, debido a la superficialidad que representan; es decir, no basta el estudio de las acciones u omisiones procesales, sino que debe entrarse al análisis de los factores del núcleo duro de la justicia familiar, un núcleo indisponible para los poderes constituidos, incluido el legislador ordinario, esto es, propiedades básicas de los derechos humanos que no puedan ser afectadas a través de una ley o acto de autoridad, por lo que el juicio de constitucionalidad debe ceñirse a determinar si la restricción invade esa esfera mínima necesaria para el goce del derecho y a partir de éste, las sentencias que bajo dicho trazado se dicten pondrían de relieve no solo fallos legaloides sino sentencias que respondan a realidades objetivas y que prescindan de sentimentalismos absurdos; en el presente capítulo se plantea un esquema mínimo e insoslayable para el dictado de resoluciones con el mayor asidero jurídico y la mínima afectación de derechos.

La pretensión de que se analicen los elementos que conforman el núcleo duro del derecho familiar se ha ido construyendo con base en las posibilidades de transformación de las diversas dimensiones del derecho que se encuentran vinculadas a la demanda de mayor justicia. El empeño en esta búsqueda podría ser insuficiente, pero no insustancial. Por lo anterior, las sentencias que se pronuncien en juicios del orden familiar mediante los que se controvierta la identidad filiatoria y la verdad biológica donde intervengan menores de edad, deben atender en su motivación y fundamentación a las siguientes dimensiones:

5.1 La dimensión científica

La dimensión científica de la justicia familiar implica el descubrimiento de la verdad por medio del análisis de elementos como la ciencia, la lógica y la razonabilidad, para llegar de forma racional, efectiva y objetiva, a una posición justificada en un caso determinado, excluyendo la subjetividad inherente a los argumentos que apelan el pensamiento desiderativo, como se analiza a continuación:

5.1.1 La ciencia jurídica

Atender a la dimensión científica de la justicia familiar trasciende directamente en la seguridad jurídica de los ciudadanos, porque en función de ésta no puede haber distancia entre principios constitucionales, valores, legislación y decisión de autoridad. La decisión va más allá del duro e inalterable contenido de la norma, para integrarse en un proceso vivo que debe tener como condición la utilización de los principios científicos, mismos que resultan esenciales en la búsqueda del origen biológico de los infantes, a través de la práctica de pruebas de paternidad.

La justicia familiar debe ir a la par de los cambios que plantea la sociedad moderna, y a sus progresos científicos y técnicos. No se trata de convertir al derecho como un obstáculo al progreso social, sino transformarlo en un facilitador no subordinado, pero sí flexible y ágil para solucionar los conflictos que son resueltos en los tribunales judiciales.

No obstante, ello no será posible sin la capacitación y el conocimiento judicial adecuados, la postura integral del operador del derecho en el siglo XXI debe ser integral: una sólida formación hermenéutica que le permita la comprensión holística de los problemas planteados y una argumentación sólida, que le permita motivar sus decisiones a partir de valores y principios constitucionales. La ciencia jurídica como técnica judicial y como instrumento de la razón práctica resulta ser una excelente vía para cumplir con estos propósitos.

En atención a los avances y descubrimientos de la ciencia, parece obvio que ha perdido vigencia la gran preocupación de los juristas tradicionales relativa a la cuestión de los medios probatorios de los medios probatorios en materia de filiación. Sin duda la gran interrogante que plantea la posmodernidad jurídica es determinar sobre qué bases habrá de conferirse por la ley el vínculo filiatorio. El quid tal vez consista en poder resolver adecuadamente una tensión; en hallar el equilibrio deseado entre dos realidades de pareja importancia: por un lado, la verdad biológica; por el otro, la verdad sociológica.⁹⁹

La obtención de una decisión jurídica con apego a los principios científicos, como es el caso de las pruebas biológicas de paternidad, debe ser siempre un

⁹⁹ Mizrahi, Luis Mauricio, *op cit.*, p. 24.

imperativo jurídico, un principio que está en el interior del ordenamiento, un derecho que tiene toda persona, sin tomar en cuenta su edad, sexo, nacionalidad u otra condición. Debe exigirse que la actuación de la autoridad sea conforme a la norma jurídica, garantizando los derechos consagrados constitucionalmente, que en consecuencia se traduce en la facultad de rebelarse contra toda violación causada en el ejercicio de atribuciones públicas como es la discrecionalidad abusiva; lo que en el caso concreto se traduce en el hecho de que el operador jurídico inobservara la realidad biológica de un infante con la finalidad de imponer una figura paterna derivada de una ficción de la ley.

5.1.2 La lógica jurídica

La creación, la interpretación, y aplicación de la norma, entrañan siempre operaciones lógicas que deben asegurar la razonabilidad, la cual tiene una vertiente analítica y otra evaluativa que finalmente deberán traducirse en el cumplimiento de los derechos humanos, comprometiendo la total certidumbre de su observancia.¹⁰⁰

Desde esta perspectiva debe definirse a la lógica jurídica como “una rama de la lógica de las normas (lógica deóntica), que tiene por objeto de estudio (objeto material) los pensamientos jurídicos, desde la perspectiva (objeto formal) de su estructura: concepto, juicio y raciocinio, todos de naturaleza jurídica, con la finalidad de que el pensamiento sea válido, congruente o coherente”.¹⁰¹ Elías Díaz escribe, que tradicionalmente, y desde la filosofía, se define a la lógica como “la ciencia de las leyes ideales de la razón y el arte de aplicarlas correctamente a la investigación y demostración de la verdad”.

Una de las causas del desarrollo de la lógica desde la antigüedad fue la necesidad de fortalecer los alegatos ante los tribunales, acudiendo a valores intelectuales que pudieran trascender el ámbito de opinión particular, por lo cual, desde entonces se ha requerido de precisión, solidez y claridad en la estructura del

¹⁰⁰ Rendón Huerta Barrera, Teresita, *El canon constitucional de razonabilidad*, México, Porrúa, 2017, pp. XXVI–XXVII.

¹⁰¹ Rosales Gramajo, Fernando Javier, *Lógica jurídica: instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar, 2010, p. 120.

argumento, que si bien, necesariamente procede de la lógica, aspira a prevalecer sobre el aspecto formal de ésta, separando lo razonable de lo no razonable.¹⁰²

De acuerdo con Recaséns Siches, el único método lógico, válido para el tratamiento del derecho, es la aplicación del *logos* de lo razonable o de lo humano, que consiste en interpretar la ley de modo que lleve a la solución más justa y conveniente del problema concreto, lo cual es inequívoco, en tanto que los procedimientos descriptivos aplicables a los objetos de la naturaleza, como las formas puras de la lógica, que se ocupan de los seres ideales desde el punto de vista de lo que ellos son, el mundo de la cultura tiene indudablemente su propio logos que busca determinar no lo que las cosas son, sino lo que deben ser.¹⁰³

Bajo este contexto, la decisión jurídica razonable es aquella que es justa y acorde a la Constitución, conforme al retículo axiológico del orden jurídico. La lógica abarca todo el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, es susceptible de control judicial.

En conclusión, lo que se valora en las decisiones de autoridad es el contenido y el sentido. El objeto de esa valoración es pensar, querer y actuar. Consecuentemente, lo razonable se da en el círculo de la lógica jurídica, que no necesariamente precisa juicios morales.¹⁰⁴

5.1.3 La razonabilidad jurídica

En el ámbito del derecho y el orden jurídico, la polisemia de la noción de razonabilidad pierde su condición de problema lógico-lingüístico para convertirse en un problema orgánico de la realidad social, en un ingrediente vertebral del universo entero de los actos, gestiones y procesos involucrados en la aplicación de las leyes y el funcionamiento de las instituciones jurídicas en torno al Interés Superior del Menor; es decir, es en este dominio específico donde la indeterminación de la razonabilidad da lugar a resoluciones injustas y autoritarias, a situaciones aberrantes y a una amplísima variedad de contradicciones más o

¹⁰² Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op., cit.*, p. XXVII.

¹⁰³ Recaséns Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1954, p. 95.

¹⁰⁴ Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op., cit.*, p. 90.

menos flagrantes entre el propósito de las normas y los actos que pretenden darles cumplimiento.

No es necesario emprender amplias indagaciones para tener por cierto que las actitudes de desconfianza, de falta de identificación o de franco rechazo respecto del sistema jurídico familiar que prevalece en la actualidad en amplios sectores de la comunidad se deben a los efectos mediatos o inmediatos de dicho problema.

Para conseguir que el ejercicio del derecho sea justo, no basta con aplicar de modo correcto y estricto la ley, sino que es indispensable aplicarla de modo razonable. Las doctrinas de la interpretación de los últimos siglos se han movido entre dos extremos: en uno está la confianza en la posibilidad de racionalidad plena de las decisiones interpretativas de los jueces, basada en la total certidumbre y la perfecta sistematicidad del derecho, ya se entienda este como conjunto de enunciados positivos (escuela de la exégesis), como conjunto de conceptos o entidades jurídicas ideales (jurisprudencia de conceptos) o como conjunto articulado de valores (jurisprudencia de valores y neoconstitucionalismo), y en el otro extremo está el irracionalismo propio de los realismos jurídicos, al entender que “las elecciones del juez son libérrimas por definición, basadas siempre en móviles personales inconfesos y que se disfrazan de razones pseudo objetivas mediante una serie de cánones interpretativos que no son más que fórmulas vacías que encubren la irreducible arbitrariedad”.¹⁰⁵

La autoridad dotada de potestades decisorias puede y debe obligatoriamente realizar procedimientos de interpretación de los ordenamientos, para determinar su pertinencia, sentido y alcance, en relación con los planteamientos que se le formulen. Al respecto, Chaim Perelman afirma que “mientras las nociones de razón y racionalidad se enlazan a criterios bien conocidos de la tradición filosófica, como la idea de verdad, de coherencia y eficacia, lo razonable y lo irrazonable están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ García Amado, Juan Antonio, “Interpretar, argumentar y decidir”, *Revista Criterio y Conducta*, México, 2008, núm. 3, enero – junio de 2008, p. 78.

¹⁰⁶ Perelman, Chaim, cit. por Atienza, Manuel, Para una razonable definición de ‘razonable’, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, p. 191.

No obstante, el desafío se vuelve mayúsculo cuando el juez se enfrenta a casos difíciles que involucran principios éticos o morales, situaciones como la identidad filiatoria y la verdad biológica exigen de los jueces una motivación adecuada y razonable. Si bien es cierto que es complejo determinar hasta qué punto podría considerarse razonable un argumento, existen técnicas que ayudan a estructurar de la mejor forma posible las limitaciones a los derechos fundamentales y los problemas éticos que subyacen a los mismos, tal y como resultan ser los principios de ponderación y proporcionalidad que se abordarán en el siguiente apartado.

Una acción subjetivamente razonable no es algo fortuito o contingente, debe ser una acción pretendida, en otros términos, debe ser una acción pretendida, en otros términos, debe ser un acto volitivo explícito.¹⁰⁷ La noción subjetiva de la razonabilidad parte de la propia complejidad del individuo en sus ideales, sentimientos, intereses, actividades, ideas, tendencias y convicciones, así como de la significación creada colectivamente, de la representación universal, históricamente formada y socialmente establecida.¹⁰⁸

De esta manera, pensar racional y objetivamente, es más que pensar lógicamente o analíticamente, porque implica aspectos psicológicos, sociológicos y axiológicos que tratan de explicar los complejos efectos sobre los procesos que se efectúan para producir la decisión. La razonabilidad no es propiamente un estado al que se llega. Es más bien una actividad viva y siempre vigente, una construcción incesante, un proceso permanente de edificación.¹⁰⁹

Teresita Rendón Huerta Barrera establece que es posible identificar algunas funciones en torno a la razonabilidad; sin duda, éstas funciones justifican la relevancia de dicho elemento en la toma de decisiones jurídicas donde se involucran derechos de los infantes, específicamente en cuestiones relacionadas con la verdad biológica, la identidad filiatoria y el desconocimiento de la paternidad:

Función valorativa. Permite conocer la decisión jurídica razonable conforme a los valores fundamentales de una comunidad en un momento determinado y, también, los obstáculos que se encuentran para materializarla. Por ello, el

¹⁰⁷ Rendón Huerta Barrera, Teresita, *El canon constitucional de razonabilidad*, México, Porrúa, 2017, p. 86.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. XXVIII.

¹⁰⁹ Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, p. 86.

concepto sirve tanto para construir, como para comprender el fondo de las determinaciones de la autoridad.

Función crítica. Al confrontar la decisión ideal con el real, es posible advertir las limitaciones de esta última y real, es posible advertir las limitaciones de esta última y real, es posible advertir las limitaciones de esta última y los niveles de justicia que no llega a conseguir. Por eso, supone una sutil pero eficaz crítica contra las discrepancias resultantes de tal comparación. Inclusive si partimos de que la decisión ideal fuera un despropósito, explicar por qué no contiene sus bondades, es ya un desafío.

Función orientadora. La capacidad de suponer realidades mejores, es exclusiva del ser humano y una necesidad inevitable en el proceso permanente de creación normativa, por lo que la razonabilidad es de gran trascendencia para orientar el contenido de la norma. Consiste, básicamente, en la descripción de un ideal de la razonabilidad, cuya realización completa puede ser imposible, no obstante, algunos de los procedimientos, pueden aplicarse a posibles reformas legislativas y orientar las decisiones de la autoridad, señalando la dirección que deben tomar.¹¹⁰

En conclusión, debe decirse que en el ámbito de la impartición de justicia abundan los ejemplos de resoluciones carentes de razonabilidad. En un sistema jurídico democrático, deben cerrarse los caminos que puedan conducir a la arbitrariedad y, consecuentemente, a lesionar los derechos de los ciudadanos, por lo cual, el interés de precisar el papel que desempeña la razonabilidad en un estado constitucional de derecho.¹¹¹ Esto quiere decir que la razonabilidad es un conjunto de múltiples variables, que figuran como contenidos de una decisión, vinculándose a la normatividad y a la realidad existente y efectiva; está siempre vinculada a una interpretación, a una decisión. Un presupuesto básico de la razonabilidad es el derecho de buscar la verdad sin más límites que las normas y el derecho que tienen los demás. Por lo tanto, la razonabilidad implica tener como fundamento la Constitución y como límite los derechos fundamentales.

La razonabilidad pertenece al núcleo irreductible de los derechos de defensa frente a los poderes públicos; nada tiene que ver con el mero legalismo, procesalismo o formalismo. Consiste en la protección de las razones que dotan de

¹¹⁰ Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op, cit.*, pp. 88-89.

¹¹¹ Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op, cit.*, p. 10.

contenido y dan sentido a las decisiones de toda autoridad y, con ellos a los demás derechos fundamentales.¹¹²

5.2 La dimensión axiológica

La axiología jurídica tiene como objeto de estudio los valores que fundamentan o generan el derecho y los fines que éste pretende y desea alcanzar, así como el análisis crítico-valorativo del derecho positivo vigente y la discusión racional sobre los valores éticos que se desea ver reflejados en el derecho para que éste pueda ser considerado como justo.¹¹³

Para Eduardo García Máynez, la axiología jurídica tiene por objeto estudiar los valores a cuya realización debe tender el derecho. Todo derecho tiene el sentido de realizar una serie de valores, por lo que la tendencia a tal realización es un elemento esencial de aquél; el examen de tales valores, lo mismo que el de su jerarquía y el de sus posibles conflictos, corresponden a la axiología jurídica o doctrina del deber ser del derecho.¹¹⁴ Es decir, deberá tener en cuenta, junto a lo que es el derecho, cómo debe ser éste, por lo que tendrá que elaborarse en estrecha relación con la filosofía moral o ética, la filosofía política y social, con las teorías sobre los derechos fundamentales, y con los diversos problemas que a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y del derecho han surgido.

La importancia que reviste la axiología jurídica en temas de derecho familiar consiste en el deber de reflexionar al mismo tiempo tanto sobre los valores del derecho existente o vigente en una sociedad, como sobre los del derecho ideal, teniendo en cuenta que el derecho se mueve dentro de la dialéctica de lo legal y lo justo.¹¹⁵

De igual manera, debe tomarse en consideración que la axiología como el derecho, no pueden dejar de plantearse ni mantenerse al margen de los problemas prácticos, morales y políticos que la sociedad origina a través de su desarrollo. Problemas como el aborto, la eutanasia, la legitimidad de la guerra, la justificación

¹¹² Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, p. 76.

¹¹³ Ruíz Rodríguez, Virgilio, *Filosofía del Derecho*, México, Instituto Electoral del Estado de México, 2010, p. 137.

¹¹⁴ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1994, p. 17.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 31.

de la pena capital, el medio ambiente, la bioética, el genoma humano, la verdad biológica y en el caso concreto, la imposición de constructos sociales como lo es la identidad filiatoria, tendientes a generar verdades aparentes en temas de trascendencia como es el desconocimiento de la paternidad donde intervienen menores de edad.

El neoconstitucionalismo ha traído consigo un repertorio teórico acerca de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la conversión de la Constitución como una norma capaz de ser aplicada directamente por los operadores jurídicos.¹¹⁶ En este sentido, la aplicación directa de principios constitucionales aún constituye un gran desafío para los jueces, dado que la ley fundamental es quizá el texto más vago del ordenamiento jurídico, y su aplicación exige una labor hermenéutica que desafía los paradigmas a los que estuvimos acostumbrados durante la mayor parte del siglo pasado.¹¹⁷

Actualmente, el papel del juez en la sociedad es primordial, ya que tiene la obligación de motivar de manera suficiente y adecuada las decisiones de los problemas que le presentan los justiciables. Así, su responsabilidad, más allá de exigir una simple técnica vacía, lleva implícito también un compromiso ético, ya que la justificación de sus decisiones se encuentra ineludiblemente unida al respeto de los valores y principios constitucionales. El compromiso del juez en la sociedad sobre su conocimiento y capacitación en este nuevo siglo no debe reducirse a los aspectos lógico-formales del pensamiento, la estructura de sus resoluciones judiciales no debe limitarse a la aplicación meramente silogística y mecánica del derecho, sino que debe hacer uso de las herramientas que la epistemología jurisprudencial le ofrece.

En gran medida, las determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de sus criterios jurisprudenciales han obligado a transitar del modelo argumentativo de la subsunción –en el que la situación fáctica se hace corresponder con el supuesto abstracto contenido en una regla general que da la solución-, a modelos más sofisticados, adaptados a la estructura de las normas constitucionales formuladas en claves de principios. Entre las técnicas interpretativas que permiten

¹¹⁶ Aguilera Portales, Rafael y López Sánchez, Rogelio, "Estudio introductorio", *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2010, p. 4.

¹¹⁷ Alexy, Robert, "Sistema jurídico y razón práctica", *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 159-177.

hacer frente a estas nuevas necesidades hermenéuticas, están la ponderación, en la que ante los hechos susceptibles de adscribirse a principios constitucionales contrapuestos se establece cuál de ellos precede, a la luz de las características del caso particular, así como el principio de proporcionalidad, a través del cual se comprueba que las intervenciones en derechos fundamentales persigan fines legítimos, sean adecuadas, idóneas, necesarias y proporcionadas,¹¹⁸ como se analizará a continuación.

5.2.1. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad tiene por objeto controlar el ejercicio de las facultades discrecionales. En todos los órdenes en que se aplica, su examen se dirige a establecer si, al elegir alguna alternativa de decisión en los márgenes de actuación que les corresponden, las autoridades no lo hicieron de forma injustificada y por ello su acto resulta arbitrario o excesivo respecto de los fines que persigue y los derechos que afecta; así acontece cuando se controla a través del principio de proporcionalidad el margen nacional de apreciación en sede internacional, la libertad de configuración legislativa o el ejercicio de las facultades discrecionales administrativas.¹¹⁹

Desde hace décadas se ha intentado en México controlar el ejercicio de facultades discrecionales; al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que dichas facultades son susceptibles de control jurisdiccional cuando se ejercitan en forma arbitraria o caprichosa.¹²⁰

Como en todo orden jurídico, la idea de proporcionalidad también está presente en el mexicano, al ser una manifestación del valor de justicia o razonabilidad. Hasta hace algunos años ese concepto resultaba muy vago e indeterminado, simplemente equivalía a una cierta correspondencia entre intereses jurídicamente protegidos, que se establecía con parámetros equívocos o inaprensibles, cuyos alcances acaso se profundizaron sobre un tema en particular: la proporcionalidad tributaria.¹²¹ La idea de proporcionalidad no es inédita en el

¹¹⁸ Silva García, Fernando, op. cit., p. VII.

¹¹⁹ Sánchez Gil, Rubén, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana", *Revista Palestra del Tribunal Constitucional*, Lima, 2010, núm. 8, abril de 2010, p. 236.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Ibidem, p. 238.

derecho mexicano y tanto el legislador como la jurisprudencia se han acercado a ella, aunque con una idea muy vaga sobre sus implicaciones como crédito de razonabilidad de las decisiones jurídicas.¹²² No obstante, en los últimos años se ha visto un claro uso del principio de proporcionalidad según los cánones de la dogmática alemana, aplicable en especial para resolver conflictos normativos constitucionales y, sobre todo, calificar la licitud del grado en que una medida legislativa interviene en los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad se ha vuelto un instrumento cotidiano para la resolución de casos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha convertido en una figura primordial de interpretación y argumentación creativa para la solución de casos prácticos. No obstante, la interpretación de las normas jurídicas a partir de una Constitución vigente, corre el grave peligro de aumentar la discrecionalidad del juez y en algunas ocasiones equivale a politización, lo cual resulta bastante perjudicial para el carácter jurídico de la justicia.

En décadas recientes, dada la compleja estructura de los ordenamientos constitucionales y de los conflictos entre sus principios integrantes, la idea de la proporcionalidad se ha puesto en relieve como un recurso indispensable para adecuar bienes constitucionalmente promovidos o exigidos y de satisfacción opuesta en un caso concreto, mediante la aplicación del principio del mismo nombre en su dimensión constitucional, cuyo paradigma es el examen de la licitud de una medida legislativa en los derechos fundamentales.

Para lograr un determinado fin, es posible que el legislador reduzca el ámbito de eficacia de un derecho fundamental o bien regule su ejercicio; para calificar la constitucionalidad de sus disposiciones al respecto, se usa el principio de proporcionalidad para examinar si existe una relación adecuada, justa, entre el objetivo perseguido por el legislador, la medida que impone para realizarlo y el grado en que interviene con ello en la eficacia de un derecho fundamental.¹²³

Para Rafael Aguilera, “el empleo del principio de proporcionalidad como instrumento para la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales tiene un retraso bastante notable en la jurisprudencia constitucional

¹²² Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, p. 239.

¹²³ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, p. 222.

mexicana (...) dicho reconocimiento y aplicación ha sido escaso aún para la solución de casos difíciles por nuestro más alto tribunal”.¹²⁴ Si bien es cierto que la nueva hermenéutica judicial permite al juez un margen de discrecionalidad para llevar a cabo su labor de una manera más cómoda, flexible y abierta, esta misma característica es inherente a la interpretación que se haga de las normas jurídicas.¹²⁵

La hermenéutica jurídica es una valiosa herramienta en este proceso de interpretación y argumentación, ya que permite la movilidad del intérprete en el proceso de comprensión, dejando de lado los aspectos lógico-formales del pensamiento. Asimismo, se rompe el falso paradigma sobre la pretensión de que las herramientas lógico-formales son las únicas indispensables en el proceso de motivación de una sentencia.

Ahora bien, el empleo del principio de proporcionalidad por los jueces no debe convertirse en una técnica o instrumento vacío, sino que debe ser complementado con la hermenéutica judicial y con una teoría material de los derechos fundamentales. Es decir, el juez se encuentra ineludiblemente obligado, al momento de plantear la resolución a un conflicto a partir del principio del Interés Superior del Menor, a invocar los principios constitucionales que subyacen al problema planteado, pero esto solo puede lograrse a partir de un conocimiento y la capacitación judicial adecuada, humanística, integral, que adecúe las realidades y necesidades actuales con la epistemología jurídica contemporánea.¹²⁶

Respecto a las bases del principio de proporcionalidad tenemos que son diversos los argumentos para fundar genéricamente la aplicación del principio de proporcionalidad, entre los que destacan: 1) *la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales* que manda optimizar su eficacia normativa, entendiéndolos como integrantes de una unidad constitucional; y 2) *las prohibiciones de arbitrariedad y exceso* inherentes a un Estado constitucional

¹²⁴ Aguilera Portales y Sánchez Rogelio, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. Límites y restricciones a los derechos fundamentales”, *Argumentación Jurídica. Fisonomía desde una óptica forense*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pp. 91 – 92.

¹²⁵ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, *Dignidad de la persona, Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 750.

¹²⁶ Aguilera Rafael y Sánchez Rogelio, *op. cit.*, p. 105.

democrático; aunque también, pero muy poco probablemente, alguna disposición textual que imponga su empleo o lo que implique inmediatamente.¹²⁷

En su fórmula clásica, el principio de proporcionalidad *lato sensu* comprende el examen de tres aspectos que debe satisfacer la medida legislativa para intervenir lícitamente los derechos fundamentales: 1) ser *idónea* para conseguir un fin constitucionalmente legítimo, por tender naturalmente a ello; 2) ser *necesaria* por afectar en lo mínimo posible al derecho fundamental en cuestión; y 3) ser *proporcionada en sentido estricto* porque cualitativamente el beneficio que obtiene el fin legislativo promovido por ella es mayor o igual al perjuicio que ocasiona al derecho fundamental.¹²⁸

Por tanto, el enfoque propuesto es sobre una hermenéutica jurídica capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propios del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

A la complejidad del concepto de proporcionalidad, cuesta un gran esfuerzo romper la inercia de los operadores mexicanos, aún bajo un esquema jurídico y constitucional positivista clásico y decisionista.¹²⁹ En realidad, con el principio de proporcionalidad, los jueces no hacen más que aplicar un parámetro constitucional que sirve de límite al legislador, constatando si este dio o no la máxima eficacia posible a los derechos fundamentales y, por lo tanto, actúa dentro de su competencia natural para resolver la controversia al respecto.¹³⁰

Las exigencias de igualdad, legalidad y libertad, postuladas por las modernas concepciones democráticas, sólo podrán lograrse tomando como fundamento el respeto incondicional al estatus jurídico del ciudadano y una parte fundamental son las decisiones jurídicas que se tomen de manera proporcional.

¹²⁷ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, 225.

¹²⁸ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.* p. 222.

¹²⁹ Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática Constitucional y régimen autoritario*, 2ª ed., México, Fontamara, 2000, pp. 67-73.

¹³⁰ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2001, pp. 344-345.

En conclusión, la complejidad de la vida social actual y su necesaria regulación legislativa requiere a las normas generales ser cada vez más complejas, de modo que pueden afectar a los derechos fundamentales u otros principios constitucionales como lo es el Interés Superior del Menor de una manera sutil e imperceptible a simple vista. Ello exige de los operadores jurídicos un papel activo en la protección de los derechos fundamentales y a no esperar una notoria violación constitucional para ejercer el control a su cargo y no pecar por defecto en ello.

De esta manera, el principio de proporcionalidad en materia familiar cumple una función indispensable en estos tiempos, para garantizar el postulado constitucionalista de limitación del poder público. En otras palabras, es un procedimiento que los operadores jurídicos deben ejercer para garantizar a los ciudadanos el máximo goce de sus derechos fundamentales y evitar su arbitraria vulneración por los legisladores y operadores jurídicos quien, como cualquier otro órgano constituido, no pueden estar por encima de la Constitución ni tener poderes ilimitados de los que abusen caprichosamente, más aún cuando se trate de decisiones donde intervengan derechos de los infantes.

5.2.2. Principio de ponderación

La ponderación es el mecanismo para la resolución de los conflictos entre principios jurídicos, según el cual debe prevalecer el principio que cuente con mayor peso, dadas las circunstancias particulares del caso.¹³¹ Se trata de una estructura argumentativa usualmente invocada tanto por los dogmáticos que se ocupan de estudiar los conflictos entre derechos fundamentales, como por diversos tribunales constitucionales.

Es en este sentido que se tiende a pensar a la ponderación como un procedimiento correcto que cualquier tribunal debería emplear para proceder a la interpretación y aplicación de las normas sobre derechos fundamentales contenidas en las constituciones modernas. Es más, podría decirse que el centro del debate actual sobre la argumentación constitucional, al menos, se refiere a dos temas vinculados a ella: “(i) cómo establecer restricciones a la actuación del juez constitucional en caso de que recurra a esta estrategia argumentativa y (ii) cómo

¹³¹ Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 134.

garantizar que las decisiones a las que arribe, producto de la ponderación, sean racionales y no basadas exclusivamente en su subjetividad y voluntad”.¹³²

El ámbito de actuación de la ponderación lo brindan los casos de conflictos entre derechos, en particular, dada su estructura que los asemeja a la noción de principios y no a la de reglas. Los principios son expresados por las constituciones a través de normas que son particularmente abiertas y que no determinan una consecuencia normativa precisa; Robert Alexy expresa que se trata de “mandatos de optimización”¹³³ que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible según las posibilidades jurídicas y fácticas de que se trate.

Los principios constitucionales tienen algunas características que los distinguen: i) no tienen un campo de aplicación determinado, por lo que es una cuestión controvertida si un principio se aplica a un cierto caso; ii) no establecen soluciones unívocas para las cuestiones de derecho; y, además, iii) aun cuando puedan ser aplicables a un caso, puede ser que no se apliquen.¹³⁴ No obstante, puede controvertirse que un principio constitucional sea aplicable a un caso; incluso cuando exista acuerdo, pueden debatirse las soluciones normativas que ellos determinan pues, en rigor, no hay acuerdo respecto de si el supuesto fáctico previsto se encuentra dentro del alcance del principio.

Entonces, no sería posible comprender la importancia de los principios constitucionales para la argumentación jurídica si no se asumen las siguientes premisas: “1. Los derechos fundamentales se expresan en principios. 2. Estos son estructuralmente distintos de las reglas –que son aplicadas a través de la subsunción–. 3. Solo puede aplicárselos a través de la ponderación”.¹³⁵

El principio de proporcionalidad debe caracterizarse por tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto, partiendo del supuesto de que no es posible determinar una decisión abstracta entre bienes constitucionales en conflicto, sino que debe existir una relación razonable que permita la convivencia de las dos normas en conflicto, lo que ocurre cuando la intervención al contenido de un derecho

¹³² Mocoeroa, Juan, “La racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, Colombia, 2017, vol. xx, núm. 39, enero – junio de 2017, p. 74.

¹³³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 89.

¹³⁴ Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 94.

¹³⁵ Mocoeroa, Juan, *op. cit.*, p. 76.

fundamental es adecuada para alcanzar el objetivo constitucionalmente válido perseguido por el legislador, necesaria –en tanto la finalidad legítima no pueda ser obtenida mediante una intervención estatal menos restrictiva-, y razonable, por obedecer a motivos y circunstancias de mayor relevancia para el caso concreto, que el perjuicio ocasionado al derecho restringido.

Sin embargo, en la práctica, la ponderación de principios constitucionales ha sido materia de malas interpretaciones e incluso utilizada como justificación de decisiones arbitrarias: “en efecto, la gran mayoría de críticas que se dirigen al procedimiento ponderativo la acusan de ser subjetiva, arbitraria y de servir de manto metodológico para cubrir decisiones parcializadas o que carecen de solidez argumentativa”.¹³⁶ En las sentencias dictadas en materia familiar, resulta evidente la presencia de elementos subjetivos y discrecionales, donde la posibilidad de manipulación del material normativo es factible, posible y obvia: “el peligro es que con jueces infieles en esta materia, no es posible ponderar en un sentido preciso y, lo que es peor, se obtura la legitimidad de la propia Constitución desde un punto de vista democrático”.¹³⁷

Sin duda, el hecho de que las decisiones relativas a principios constitucionales -como es el Interés Superior del Menor-, constituyan elecciones morales, sociales, culturales, políticas y económicas, aunado a que su consagración, consecuentemente, se traduzca en normas constitucionales indeterminadas, ha generado el problema relativo a la falta de uniformidad y subjetivismo en su interpretación por parte de los operadores jurídicos; no obstante, como se ha analizado en capítulos anteriores, la aplicación de teorías aisladas para determinar con cuál de ellas se resolvería de manera más adecuada el problema de interpretación constitucional representa por lo menos tres efectos nocivos: 1) se centra la cuestión interpretativa en el caso a resolver y no en la definición correcta de la norma sobre derechos fundamentales; 2) se crea inseguridad jurídica, pues en otro caso distinto con unos mismos derechos en juego puede que se aplique una dogmática diferente; y, en la medida en que esto suceda, 3) se introduce subjetivismo y arbitrariedad en la decisión.¹³⁸ Por tal motivo, la interpretación y

¹³⁶ Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, *¿Peligros de la ponderación? la racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales*, Perú, Universidad de San Martín de Porres, 2015, p. 87.

¹³⁷ Mocochoa, Juan, *op. cit.*, p. 84.

¹³⁸ Silva García, Fernando, *op. cit.*, pp. 12-13.

concreción de los principios constitucionales como el Interés Superior del Menor debe estar orientada preceptivamente por el estudio de los elementos del núcleo duro de la justicia familiar, que de manera implícita o explícita pueda ser extraíble del texto normativo y de la génesis del texto por medios racionales del conocimiento.

En conclusión, la ponderación debe ser más que un simple criterio o un principio constitucional, puesto que se trata de un elemento del núcleo duro de la justicia familiar vinculado al valor de justicia, que está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho, por lo que debe lograrse su positivación y medios de control ante su eventual violación. Consecuentemente, es necesario que se establezca con claridad un control constitucional que permita asegurar la efectividad de dicho principio, tratando de erradicar la arbitrariedad excesiva en resoluciones judiciales del orden familiar donde se controviertan derechos inherentes a los infantes.

CONCLUSIONES

El principio del Interés Superior del Menor, parece ser una de las significaciones más gustadas en los últimos tiempos, lo que sucede, sin embargo, es que a dicha omnipresencia no le sigue la correspondiente omnicomprensión; es decir, con frecuencia se habla de este principio tan controversial sin conocer exactamente sus implicaciones ni tampoco a qué se está haciendo referencia; bajo este contexto y una vez analizadas las implicaciones jurídicas, políticas, económicas y sociales que conlleva su génesis, reconocimiento, incorporación y aplicación en los diversos órdenes normativos, podemos concluir lo siguiente:

- La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha extralimitado en sus funciones protectora y hermenéutica al determinar que debe prevalecer la identidad filiatoria consolidada en el tiempo frente a la verdad biológica del infante en atención al principio del Interés Superior del Menor; hecho que se pone de manifiesto en la discrecionalidad abusiva de los operadores jurídicos.
- La relación paterno-filial no debe tener carácter impositivo, sino ser una condición opcional para el padre no biológico, pues como se ha analizado le conculca graves afectaciones a su esfera jurídica, económica y social.
- Con la imposición de las relaciones paterno-filiales se incumple la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar el principio *pro persona*, el acceso a la tutela judicial efectiva y el libre desarrollo de la personalidad del padre no biológico.
- Las deficiencias en el diseño, ejecución y seguimiento de las políticas públicas mexicanas hacen nugatorio el derecho que tiene la niñez a la satisfacción de sus necesidades básicas para un desarrollo integral.
- En atención al derecho a la verdad de los infantes, se debe privilegiar la búsqueda de su origen biológico. El derecho a la verdad debe ser la piedra angular de todo procedimiento judicial, por lo que su espectro proteccionista

debe extenderse a todas las ramas del derecho, y en el caso que nos ocupa a los controvertidos del orden familiar.

- Las restricciones a la búsqueda del núcleo biológico original del infante buscan facilitar la imposición de las relaciones paterno-filiales, con la finalidad de derivar al padre no biológico, todas aquellas obligaciones que, en estricto derecho, tiene el compromiso de garantizar el Estado mexicano en favor de los infantes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° Constitucional.
- Existe un evidente conflicto entre principios constitucionales: por una parte, el Interés Superior del Menor y, por la otra, el principio *pro persona*, ambos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que forma parte el Estado mexicano.
- Se deben establecer medidas para limitar la actuación indiscriminada de los operadores jurídicos, así como el exceso de garantismo con que actualmente aplican el principio del interés superior del menor, para que los procesos de decisión estén dotados de certeza, razonabilidad y proporcionalidad, basados en la lógica, la ciencia y la máxima operatividad.
- La caducidad de la instancia en los juicios de desconocimiento de la paternidad constituye una evidente transgresión a los derechos humanos del padre no biológico, al vulnerar las garantías de legalidad, debido proceso, acceso a la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, en el marco del principio *pro persona*, por lo que deben ser analizadas las circunstancias de tiempo, lugar y ocurrencia de cada caso en concreto.
- La toma de decisiones en litigios donde se controviertan la identidad filiatoria y la verdad biológica debe atender a un modelo de justicia familiar que contemple dos dimensiones de estudio: una científica, que comprende la ciencia jurídica, la lógica jurídica y la razonabilidad jurídica, y una axiológica, el principio de proporcionalidad y la ponderación.

- Las dimensiones científica y axiológica deben ser consideradas como parte del núcleo duro de la justicia familiar, de tal suerte que su análisis al momento de resolver un controvertido familiar prescinda de procesalismos jurídicos y sentimentalismos absurdos, y de esta manera pueda responder a realidades sociales objetivas.
- Desde una perspectiva fáctica, normativa y axiológica no existen condiciones suficientes que permitan justificar la atribución de un hijo –no biológico– a cualquier varón, imponiéndole el título de padre y las obligaciones de progenitor.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

AGUILERA PORTALES, Rafael, “Estudio introductorio”, *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2010.

ALEXY, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica”, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

ALLEN POSNER, Richard, *¿Cómo deciden los jueces?*, trad. de Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, España, 2011.

BENABENT, Alain, *Droit civil. La famille*, Paris, Litec, 1988.

BRENA CESMA, Ingrid, *Las adopciones en México y algo más*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil. La famille*, Paris, Thémis, 1995.

CIANCIARDO, Juan, *Razón jurídica y razón moral. Estudio sobre la valoración ética en el derecho*, México, Porrúa, 2012.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, ponencia presentada en el “I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, San José de Costa Rica, UNICEF, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999.

- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Dogmática Constitucional y régimen autoritario*, 2ª ed., México, Fontamara, 2000.
- COUTURE, Eduardo J., “El deber de las partes de decir la verdad”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1950.
- CUETO RÚA, Julio C., *Doctrina clásica: la actitud de los jueces frente a las costumbres y las normas consuetudinarias, s. l. i.*, Thomson Reuters, 2013.
- DÁVILA, Paulí y NAYA, Luis M., *Derechos de la infancia y educación inclusiva en América Latina*, Buenos Aires, Granica, 2011.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1986.
- DOLTO, Françoise, *La causa de los niños*, Bs. As. Paidós, 1986.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Bs. As., Astrea, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, España, s.e., 1962.
- GARCÍA GÁRATE, Iván, *Los jueces y la nueva interpretación judicial*, México, Letras Libres, 2011.
- GARCÍA MORA, Ricardo. *La protección del interés superior del menor*, México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2015.
- GRAGLIA J., Emilio, *En la búsqueda del bien común. Manual de políticas públicas*, Argentina, Asociación Civil Estudios Populares (ACEP) / Fundación Konrad Adenauer (KAS), 2012.

- MOLINER, María, *Diccionario del uso del español*, t. II, 3ª ed., Colombia, Gredos, 2007.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos de los niños y las niñas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015.
- GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- HUERTA BARRERA, Teresita Rendón, *El canon constitucional de razonabilidad*, México, Porrúa, 2018.
- LINARES, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo: arbitrio administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
- MAGALLÓN GÓMEZ, Antonieta, *Juicios orales en materia familiar*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- MIZRAHI, Luis Mauricio, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Argentina, Astrea, 2006.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.
- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derechos de las familias*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex Fernando, *El derecho del niño a preservar la*

identidad en las relaciones familiares, en el sistema internacional de protección de los Derechos del Niño, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.

PERELMAN, Chaim, cit. por Atienza, Manuel, Para una razonable definición de 'razonable', en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987.

PORTACARRERO QUISPE, Jorge Alexánder, *¿Peligros de la ponderación? la racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales*, Perú, Universidad de San Martín de Porres, 2015.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1954.

RIVAS LAGOS, Emilia, *La evolución del interés superior del niño: hacia una evaluación y determinación objetiva*, Chile, Universidad de Chile, 2015.

RODRÍGUEZ, Sonia, *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

ROSALES GRAMAJO, Fernando Javier, *Lógica jurídica: instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar, 2010.

RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *Filosofía del derecho*, México, Instituto Electoral del Estado de México, 2010.

SCHLAICH, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2001.

SILVA GARCÍA, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Porrúa, 2012.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, España, Trotta, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo, "Jueces constitucionales", en Fernández Segado,

Francisco, *Dignidad de la persona, Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008.

ZARIÑAN MARTÍNEZ, Laura. *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

Hemerografía

CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel, “La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica”, *Revista Opinión Jurídica*, Colombia, 2009, núm. 15, enero - junio de 2009.

DÁVILA, Paulí y NAYA, Luis Ma., “El discurso proteccionista sobre los derechos de la infancia en los Tratados Internacionales”, *Revista de Educación*, España, 2008, núm. XXI, enero – junio de 2008.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Interpretar, argumentar y decidir”, *Revista Criterio y Conducta*, México, 2008, núm. 3, enero – junio de 2008.

MOCOROA, Juan, “La racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, Colombia, 2017, Vol. XX, núm. 39, enero – junio de 2017.

PÉREZ FUENTES, Gisela María, “El interés superior del menor como principio de interpretación en el Derecho Civil Mexicano”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, España, 2013, núm. 4, octubre - diciembre de 2013.

RODRÍGUEZ VARELA, Francisco y CAMPOY ROBLES Angélica, “El interés superior del menor”, *Revista Investigación Académica Sin Frontera*, México, 2013, núm. 17, julio – diciembre de 2013.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”, *Revista Palestra del Tribunal Constitucional*, Lima, 2010, núm. 8,

abril de 2010.

Legislación

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

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000.

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Michoacán, el lunes 11 de febrero de 2008.

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Michoacán, el miércoles 30 de septiembre de 2015.

Jurisprudencia

Tesis: 1a. XXIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2014.

Tesis: 1a./J. 18/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, marzo de 2014.

Tesis: 1a. CXVI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011.

Tesis: 1a. CCCXX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2014.

Tesis: P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009.

Tesis: I.4o.C.304 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, febrero de 2011.

Tesis: I.10o.C.73 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, agosto de 2009.