

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS HERMANOS
DURANTE LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN MICHOACÁN

TESINA

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL

SUSTENTA:

LIC. GUADALUPE LUISA RODRÍGUEZ MORA

DIRECTOR DE TESINA:

DOCTOR EN DERECHO ERNESTO RAMÍREZ OCHOA



MORELIA, MICHOACÁN, MARZO 2016

DEDICATORIAS

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

A mis padres, Hugo y Mayola, a mis hermanos Alex y Hugo y a mis familiares, por su amor y apoyo incondicional en todos mis proyectos, ya que sin ellos no hubiera sido posible terminar esta Especialidad y particularmente, esta investigación.

A Edwin, que con su estima, ayuda y apoyo, siempre me motivó a no decaer y continuar, a pesar de las adversidades, durante mi estudio y me ha acompañado a caminar por el sendero de mi investigación jurídica.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Creador por darme la oportunidad de finalizar esta meta y darme fuerza para salir adelante día a día.

Agradezco de forma particular al *Doctor Ernesto Ramírez Ochoa*, catedrático de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, por su gran apoyo y profesionalismo, que siempre muestra para con todos, pero especialmente en la presente investigación, ya que con sus sabias aportaciones orientó a buen término la conclusión del presente proyecto.

También deseo expresar mi gratitud al *Doctor Héctor Chávez Gutiérrez*, Jefe de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, quién me ha orientado y es ejemplo a seguir en el basto campo de la investigación dentro del marco jurídico.

Y finalmente, expreso gratitud para la *Maestra Flor de María Mora Magallanes*, quién además de mostrar siempre empeño e interés en que concluyera mis proyectos académicos con profesionalismo y entereza, no deja de instarme para que siga avanzando el estudio del posgrado, convirtiéndose en un hito en mi itinerario profesional.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO PRIMERO	
I. PRECISIONES CONCEPTUALES	11
1.1 CONCEPTO DE MENOR (NIÑO)	11
1.2 CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	13
1.3 CONCEPTO DEL DERECHO DEL MENOR	18
1.4 CONCEPTO DE FAMILIA	20
1.4.1 La familia ampliada	24
1.4.2 Concepto de hermano	25
1.5 CONCEPTO DE DERECHO DE FAMILIA	26
1.6 DERECHO DE LOS MENORES A UNA FAMILIA	27
CAPÍTULO SEGUNDO	
II. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA FAMILIA DE LOS MENORES	29
2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	29
2.2 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	31
2.3 LEY GENERAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	32
2.4 CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE MICHOACÁN	34
2.5 LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL ESTADO DE MICHOACÁN	36
2.6 JURISPRUDENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	38
2.7 PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	42
CAPÍTULO TERCERO	
III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR Y LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN MICHOACÁN	45
3.1 LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN MICHOACÁN	45

3.2 MEDIOS QUE GARANTIZAN LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO NECESARIO, EN MICHOACÁN	47
3.3 MEDIOS QUE GARANTIZAN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR EN MICHOACÁN	50
3.4 LOS MENORES Y LOS PROCESOS DE DIVORCIO NECESARIO EN MICHOACÁN	53
3.5 PAPEL DE LOS OPERADORES JURÍDICOS RESPECTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DURANTE EL DIVORCIO DE SUS PADRES	55
3.5.1 Ministerio Público	57
3.5.2 Tutores o tutriz provisionales	58
CAPÍTULO CUARTO	
IV. EL DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS HERMANOS Y EL DERECHO COMPARADO	59
4.1 EL DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS HERMANOS DURANTE EL PROCESO DE DIVORCIO EN MICHOACÁN	59
4.2 DEL DIVORCIO (DERECHO COMPARADO)	66
4.3 DERECHO DE MENORES (DERECHO COMPARADO)	68
4.4 DERECHO DE MENORES RESPECTO A LA CONVIVENCIA ENTRE HERMANOS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO (DERECHO COMPARADO)	68
CONCLUSIONES	73
ABREVIATURAS	77
FUENTES DE CONSULTA	79

RESUMEN

La presente investigación afianza y destaca la idea de que los hermanos no deben ser separados del resto de su familia, por capricho o preferentismo de los padres o tutores, tratando de mantenerlos inmersos, lo más cercano posible al ambiente familiar sano original; se concretiza que los Juzgados familiares deben garantizar la protección de los derechos de los niños, en especial a permanecer en con sus hermanos en familia, durante los procesos jurídicos de los que forman parte.

El capítulo primero muestra una breve puntualización del *concepto de menor*, del *interés superior* del mismo, del *derecho de familia del menor* y el *derecho de los menores a una familia*; con el objetivo de afianzar una comprensión de la temática, destacando así la relevancia de los menores en materia jurídica.

Por su parte, en el capítulo segundo, se aborda lo concerniente al marco jurídico del *derecho a la familia de los menores*; disposiciones tanto nacionales como internacionales ratificados por el Estado, que avalan el derecho de los menores a permanecer en familia y en particular con sus hermanos, garantizando la protección de los mismos, ofreciendo claros elementos para los juzgadores.

El tercer capítulo realiza una concreción de cómo se llevan a cabo algunos de los procesos de divorcio en Michoacán, mostrando el trato que se da a los menores y subrayando la nula consideración que tienen las autoridades para respetar el derecho de los menores a mantener la relación familiar con sus hermanos.

El último capítulo contiene un análisis real de un caso particular, en el cual se demuestra que el *derecho de los menores a no ser separados de sus hermanos* durante los procesos de divorcio en Michoacán no se protege en los juzgados, y una comparación con legislaciones españolas que muestran alternativas de solución para la protección de los derechos de los menores.

PALABRAS CLAVE: DERECHO MENORES, DERECHOS HUMANOS, DERECHO CONSTITUCIONAL, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, DERECHO A LA FAMILIA

ABSTRACT

This research reinforces and emphasizes the idea that brothers should not be separated from the rest of his family, on a whim or preferentismo parents or guardians, trying to keep them, as close as possible to the original healthy family environment immersed; It materializes that family courts must ensure protection of the rights of children, especially to remain with his brothers family during the legal proceedings of which they are part.

The first chapter gives a brief clarification of the concept of minor interest of the same family law child and the right of children to a family; with the aim of securing a compression of the theme, highlighting the relevance of minors in legal matters.

Meanwhile, in the second chapter, concerning the legal framework of the right to a family of minors is addressed; national and international ratified by the State, which guarantee the right of minors to remain in family and especially with his brothers, guaranteeing them protection, offering clear elements for the judges provisions

The third chapter makes a realization of how to carry out some of divorce proceedings in Michoacán, showing the treatment given to minors and stressing the no consideration of the authorities to respect the right of children to maintain the relationship familiar with his brothers.

The last chapter contains a real analysis of a particular case in which it is shown that the right of children not to be separated from his brothers during divorce proceedings in Michoacán not protected in court, and a comparison with Spain legislation showing some alternative solutions to preserve the protection of the rights of minors.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, *Derecho de los menores a no ser separados de sus hermanos durante los procesos de divorcio en Michoacán*, nace con la intención de concluir los estudios de la especialidad en Derecho Procesal de la División de Estudios de Posgrado, por parte de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y por el interés de señalar áreas de oportunidad en la praxis que los juzgados michoacanos realizan en materia de divorcios.

Mi experiencia laboral en materia de divorcio centra mi mirada en los menores, ya que se ven afectados por diferentes circunstancias al ser involucrados en la toma de decisión de divorcio de sus padres. En muchos casos los menores no sólo son hijos, sino también hermanos y esto es algo que se ha dejado de lado.

Así podemos ver que el concepto de *Familia*, es un concepto que engloba muchas concepciones, algunas inclusive hasta contradictorias. Se le aborda en la óptica psicológica, sociológica, religiosa y jurídica, señalando la relevancia de la misma, como base de la sociedad, como el lugar por excelencia para el desarrollo integral de los individuos, dónde se aprenden valores, normas, reglas, comportamientos y todos aquellos elementos que son fundamentales de las primeras etapas de la vida humana. En el campo jurídico encontramos amplia información de protección hacia las familias y por ende, hacia los menores. Sin embargo en el ejercicio jurídico de los juzgados de Michoacán, parece que esto se deja de lado y se limitan a decidir con cuál de los padres se queda un hijo o los hijos, tratándolos como dígitos de una ecuación. Hay procesos jurídicos que han intentado ir más allá, considerando todos los aspectos relacionados con el *interés superior del menor* pero se muestra que esto a muchos jueces no les importa, pasan por alto la relación de los menores con el resto de la familia: abuelos, tíos, primos, pero sobre todo sus propios hermanos, a fin de garantizar un clima de desarrollo de mayor estabilidad pese a la ruptura del proyecto familiar inicial de los padres o tutores.

Con la presente investigación se pretende afianzar y destacar la idea de que los hermanos no deben ser separados a la ligera del resto, por capricho o preferentismo de los padres o tutores, sino que se debe velar por mantener un sano ambiente de crecimiento, de todos y cada uno de los hijos, tratando de mantenerlos inmersos, lo más cercano posible al ambiente familiar sano original. Los Juzgados familiares deben garantizar la protección de los derechos de los niños, en especial a permanecer en familia durante los procesos jurídicos de los que forman parte, ampliando la visión a proteger la permanencia de los hermanos.

Al adentrarse en la materia, el capítulo primero muestra una breve puntualización del *concepto de menor*, del *interés superior* del mismo, del *derecho de familia del menor* y el *derecho de los menores a una familia*; con el objetivo de afianzar una comprensión de la temática, destacando así la relevancia de los menores en materia jurídica.

Por su parte, en el capítulo segundo, se abordará lo concerniente al marco jurídico del *derecho a la familia de los menores*; es decir se trata de acercamiento a aquellos principios y disposiciones tanto nacionales como internacionales ratificados por el Estado que avalan el derecho de los menores a permanecer en familia y en particular con sus hermanos, garantizando la protección de los mismos y su sano desarrollo. Al analizar todos estos ordenamientos jurídicos, se muestra que hay un camino cada vez más claro para garantizar un sano desarrollo de quienes son menores de edad, cuando sus padres están inmersos en un divorcio, ofreciendo claros elementos de discernimiento para los juzgadores y los involucrados.

El tercer capítulo realiza una concreción de cómo se llevan a cabo algunos de los procesos de divorcio en Michoacán, mostrando el trato que se da a los menores y subrayando la nula consideración que tienen las autoridades para respetar el derecho de los menores a mantener la relación familiar con sus hermanos, especialmente cuando la convivencia fraternal suaviza el duelo por la pérdida de uno de los padres o tutores.

En el último capítulo aparece un análisis real y concreto de un caso particular, en el cual se demuestra que el *derecho de los menores a no ser separados de sus hermanos* durante los procesos de divorcio en Michoacán no se protege, para concluir con una comparación con legislaciones españolas que muestran algunas alternativas de solución para preservar la relación fraternal de los menores como concreción de la protección del *interés superior del menor*.

Los alcances de esta investigación arrojan interesantes conclusiones, que si bien no agotan todas las aristas del tratamiento para los menores en cuestión dentro del marco de divorcio, si ofrece una visión fresca que abre camino a nuevas líneas de investigación en vistas a la protección integral de los derechos de nuestra infancia michoacana.

CAPÍTULO PRIMERO

I. PRECISIONES CONCEPTUALES

1.1 CONCEPTO DE MENOR (NIÑO)

Según la CDN *Convención sobre de los Derechos del Niño*, en su primer artículo, establece que se entiende por niño *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Con excepción de los seres humanos que hayan alcanzado antes la mayoría de edad, a consecuencia de que su régimen legal así lo establezca.”*¹

A primera vista, esta excepción podría ser utilizada por los Estados para justificar la denegación de los derechos contenidos en la CDN, a quienes la legislación nacional no considere niños; es decir, cuando un Estado particular haya fijado la mayoría de edad como una edad inferior o posterior. Sin embargo, el *Comité de los Derechos del Niño*, CRC,² viene aplicando sistemáticamente esta cláusula en el sentido de que sólo se permiten las definiciones de mayoría de edad fijadas por debajo de los 18 años cuando no van en detrimento de ninguno de los derechos protegidos por la Convención.

De acuerdo con *United Nations International Children's Emergency Fund*, o en español *Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia*, UNICEF, la CDN, definió a la infancia como un *espacio separado de la edad adulta y reconoció que lo que resulta apropiado para los adultos puede no ser adecuado para la infancia*; reconociendo que los niños y las niñas son titulares de sus propios derechos y por tanto, no son receptores pasivos de la caridad, sino protagonistas con la facultad para participar en su propio desarrollo.³

¹ Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada en México en septiembre de 1990.

² El Comité de los Derechos del Niño, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la *Convención sobre los Derechos del Niño* y de sus dos primeros Protocolos.

³ “Definición de la infancia”, *Infancia Amenazada, Estado Mundial de la Infancia 2005*, <http://www.unicef.org/spanish/sowc05/childhooddefined.html>., consulta 6 de junio de 2015.

La legislación internacional establece al mismo tiempo que los niños son sujetos que deben contar con la protección y el cuidado de los adultos en todos los aspectos de su vida cotidiana; por tanto, deben contar con derechos esenciales tales como el derecho a la familia, a la educación, a la vivienda, a la alimentación y a la salud, siendo responsabilidad de los adultos velar por que estos derechos sean cumplidos.

Por otra parte Amnistía Internacional, AI señala que niño: “*es toda persona menor de 18 años*”.⁴ De igual manera la mayor parte de los países del mundo han fijado la mayoría de edad civil a partir de los 18 años. AI adopta esta definición, en consonancia una gran mayoría de Organizaciones No Gubernamentales, ONG y diversos grupos de defensa y protección de los derechos del niño.⁵

La *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*, CADBN, establece que niño es “*todo ser humano menor de 18 años*”.⁶ En los textos de derechos humanos también aparece el término *menor*, no designa con exactitud un sinónimo de *niño*, ya que se refiere a personas que pueden ser procesadas y juzgadas en el sistema de justicia para menores.⁷

Desde el punto de vista jurídico mexicano, debemos decir que la palabra *menor* no es similar a *incapaz*, sino que debemos entender al *menor* como una persona de corta edad, como lo considera el *Código Civil de Michoacán*, CCM. Por tanto, se hace necesario recurrir a otros términos de reciente adecuación y aceptación, como el de *niño*, *niña* o *adolescente*, dejando de lado el de *infante*. Esta necesaria advertencia la debemos realizar desde el punto de vista del *Derecho Internacional Público*, DIP, como rama autorizada, autónoma y adecuada, para proteger integra y globalmente a un menor en la esfera nacional en el campo de sus derechos civiles.

⁴ “Definición jurídica de niño/a”, <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/menores/dh-inf-defin.html>, consulta el 6 de junio de 2015, a las 7:42 pm.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

Finalmente, existe el riesgo de admitir una concepción de *niño* como individuo, pero despojado de la mayoría de sus obligaciones, mostrándole dependiente económicamente, carente de participación política, inmaduro emocional y moralmente, por lo cual esto sería erróneo. Debido a las características y especificidades, el niño debe vivir protegido dentro del seno una familia y representado por ésta ya que es el núcleo donde nace y se desarrolla de manera cotidiana. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. En consecuencia el Estado respecto a los niños tiene una misión esencial consistente en proteger las instituciones que favorecen su desarrollo integral.

1.2 CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Para dar cumplimiento de la CDN, se motivó la reforma y aplicación al artículo 4º., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CPEUM, en la cual en lo respecta a los derechos de los niños, se les provee derechos con rango constitucional, basado en tres ejes principales: El eje de los derechos básicos del niño para la satisfacción de sus necesidades y desarrollo integral, el eje de las obligaciones de los tutores para la preservación de los derechos antes mencionados y el eje de la provisión del Estado en el cumplimiento de los mismos.

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

Siguiendo los lineamientos de CDN, la LPDNNA establece siete principios protectores de las niñas, niños y adolescentes, los cuales tienden a asegurar su desarrollo pleno e integral, ellos son: *interés superior del menor, no discriminación, igualdad, vida en familia, no violencia, corresponsabilidad del Estado y las instituciones*, entre ellas la familia; por último *la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y las garantías constitucionales para los niños, niñas y adolescentes*.

Por tanto, debemos decir que el *interés superior del menor* es la plena satisfacción de sus derechos, es un principio que garantiza que se obligue a la autoridad y su utilización se debe armonizar con una concepción de derechos humanos.⁸

Ahora bien, el *interés superior del menor*, debe tener como primer punto normativo lo señalado en el párrafo 6, del artículo 4º., de la CPEUM que a la letra dice que:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios (CPEUM, 2015).⁹

Por lo que cabe señalar que este fragmento constitucional garantiza el cumplimiento del interés superior de la niñez, y el cumplimiento de manera plena sus derechos como a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral y los encargados de su cuidado tendrán la obligación de preservar y exigir que se cumplan estos derechos, encaminado esto a que el derecho de los menores a no ser separados de sus hermanos durante los procesos de divorcio, cabe dentro del desarrollo integral de los menores.

Para complementar el marco normativo mexicano a nivel federal establecido por la CPEUM, debemos tener en cuenta también los aportes de la LPDNN, del

⁸ Álvarez de Lara, Rosa María, "El concepto de la niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Legislación Mexicana", *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, núm. 5, 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/4.pdf> consulta el 7 de junio de 2017.

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2015, México.

29 de mayo del año 2000, especialmente en sus artículos 3°. , 4°. , 24°. y 25°. , en los cuales se deja constancia expresa de la importancia del *interés superior del menor*. Tomando en cuenta ambos cuerpos normativos generales sabremos que el *interés superior del menor*, es y será un concepto jurídico indeterminado marcado por la generalidad de estas normatividades y deberá complementarse haciendo las adecuaciones particulares en los ámbitos estatales y municipales para el caso de Michoacán y el resto de las entidades que constituyen nuestra nación mexicana.¹⁰

Por lo que respecta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, en materia de defensa, protección y promoción del *supremo interés del menor* nos dice que este concepto exige a todos y cada uno de los operadores judiciales mayor responsabilidad y esfuerzo en los parámetros con los que debe protegerse dicho interés, mismos que se deben tener en cuenta para elaborar normas que no afecten en todos los ámbitos al menor; destacando que en este sentido encontramos la siguiente jurisprudencia:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4°. , párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la

¹⁰ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional, Contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 6-8.

*aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño” (Tesis 1a. CXLI/2007, 9ª).*¹¹

Como se observa en la presente jurisprudencia, para la SCJN, el interés superior del menor se debe velar en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, lo que abarca su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, lo que debe ser tomado en cuenta por los juzgadores y legisladores, en todos los órdenes relativos a la vida del niño; (incluido el derecho del menor a no ser separado de sus hermanos durante los procesos de divorcio).

Tratando de tener un acercamiento que proporcione un concepto más sólido de lo que sería el *interés superior del menor* tenemos que la SCJN resolvió respecto del concepto que:

*INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. Por interés superior del menor se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social (Tesis 1ª 1284, 9ª).*¹²

La SCJN, es clara y precisa en esta tesis, al definir que es el *interés superior del menor*, para lo que debemos resaltar como importante que con este concepto se deben generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones

¹¹ Tesis 1ª. CXLI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 265.

¹² Tesis 1ª. 1284, *Tribunales Colegiados de Circuito*, Novena Época, Apéndice 1917, t. V, Civil Segunda Parte-TCC Segunda Sección-Familiar Subsección 1 -Sustantivo, septiembre 2011, p. 1436.

legislativa, ejecutiva y judicial, así se obliga a los tres órdenes de gobierno a proteger los derechos de los menores.

Al respecto, la SCJN ha manifestado que la expresión *interés superior del niño*, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida, como lo podemos ver en la siguiente tesis:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS. El interés superior del menor implica, entre otras cosas tomar en cuenta aspectos dirigidos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para elaborar normas y aplicarlas en todos los órdenes de la vida del menor, conforme a la Constitución 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; además, 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 (Tesis 1ª. CXX/2012,10ª).¹³

Identificados los derechos primordiales y fundamentales que brotan de la figura jurídica del *interés superior del menor*, otra definición que podríamos considerar podría ser la siguiente: “*las vidas de las personas en gestación o nacidas que aún no alcanzan la mayoría de edad deben ser respetadas, de manera tal que el Estado, los ascendientes o quienes en ellos ejerzan la patria potestad velarán por su salud y supervivencia para que alcancen un pleno desarrollo personal e integración social. Asegurados dichos bienes, deberá protegerse al menor de*

¹³ Tesis 1ª. CXXI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, I. IX, junio de 2012, p. 261.

cualquier explotación física, mental o emocional, dentro o fuera de la familia para que esté en condiciones de ejercitar los derechos consagrados a su persona por el simple hecho de existir".¹⁴

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

1.3 CONCEPTO DEL DERECHO DEL MENOR

Como antecedente, debemos saber que *Los Derechos del Niño* se reconocieron formalmente luego de la *Primera Guerra Mundial* con la adopción de la *Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños*, DGDN en 1924. El proceso de reconocimiento de estos derechos continuó después gracias al trabajo de las *Naciones Unidas* y la *Declaración de los Derechos del Niño*, DDN de 1959. La admisión de éstos, fue concretizada formalmente el 20 de noviembre de 1989 en la CDN, primer texto de compromiso internacional que reconoce legalmente todos los derechos fundamentales de los niños.¹⁵

En el ámbito del *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, SIDH, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, CADH, y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, CIDH, han desarrollado ampliamente el concepto de *corpus juris* de derechos de la niñez para establecer un marco de protección holístico basado en los artículos 19°. de la CADH y el artículo 7°. de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, DADDH , que integra los

¹⁴ Ruiz de Chávez V., Enrique F., "Del interés superior del menor", *Revista El mundo del Abogado*, febrero, <http://elmundodelabogado.com/del-interes-superior-del-menor/>, consulta el 9 de junio de 2015.

¹⁵ "Derechos del niño", *Humanium. Juntos por los derechos del niño*, mayo de 2015, <http://www.humanium.org/es/definicion/>, consulta el 9 de junio de 2015.

estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en materia de niñez, incluida la CDN.

En nuestro país, el artículo 4º., de la CPEUM, parágrafo, sexto al octavo, existen diversas disposiciones en torno a los menores, siendo los niños sujetos de derecho; como lo menciona Miguel Carbonell: *“los derechos de los niños se concretan en diversos contenidos constitucionales”*¹⁶, garantizando la educación, salud, prohibición de trabajo a una edad temprana, creación de procedimientos judiciales y sanciones específicas para los menores, etc.

Las condiciones propias de los menores los colocan en situaciones extraordinarias de debilidad, por lo que se hace necesaria una cantidad de cuidados y protecciones adicionales a diferencia de los adultos. Así pues, los derechos del niño son derechos humanos, es decir que buscan proteger al humano, pero en sus etapas tempranas y deben gozar de garantías fundamentales y esenciales.

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

Según Rafael Sajó el derecho de menores se define como:

*Conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto regular la actividad comunitaria en relación con el menor; el Derecho de menores, es una rama del derecho que regula la protección integral para favorecer, el desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores condiciones físicas, intelectuales emotivas y morales a la vida social normal.*¹⁷

¹⁶ “Derechos del niño”, *Humanium. cit.* consulta el 9 de junio de 2015.

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

Así pues, el derecho tiene por sujeto al menor, como figura incapaz, con el propósito e interés social que de éste surja, para desarrollarse normalmente y llegue a la mayoría de edad en la plenitud. Regula su actividad normal y conflictual con la familia, la comunidad así como el orden jurídico y social.

Estos derechos del menor también pueden ser llamados derecho de la niña o niño, o bien derechos de la niñez; según la doctrina “*es un derecho singular, inminente tuitivo que tiene por objeto la protección integral del ser humano desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social*”,¹⁸ adoptándolo como una rama del derecho autónoma y distinta del derecho civil o del derecho familiar, donde normalmente se le encuentra.

El Doctor Joel Francisco Jiménez García en su obra *Derecho de los Niños*, del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, define el derecho de menores como: “*una rama del Derecho que regula la protección integral del menor para favorecer en la medida de lo posible el mejor desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo cuando llegue a su plena capacidad en las mejores y más favorables condiciones, físicas intelectuales y morales a la vida normal*”.¹⁹

1.4 CONCEPTO DE FAMILIA

La palabra familia procede de la voz latina *familia*, por derivación de *famulus*, que a su vez procede del osco *famel*, que significa siervo, y más remotamente al sanscrito *vama*, hogar o habitación, significado por consiguiente “*el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa*.”²⁰

La familia constituye el grupo natural del cual surgen los individuos que conforman la sociedad. Estos grupos han existido en todas las culturas a lo largo de

¹⁸ Jiménez García, Joel Francisco, *Derecho de los niños*, México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura. UNAM, 2000, pp. 4-5.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Chávez Ascencio, Manuel F. *La familia en el Derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1990, pp. 202-205.

la historia del hombre y dieron origen a diversos tipos de familias, las cuales reflejaron una gran variedad de situaciones jurídicas, políticas, económicas y sociales. Por tanto, esta institución ha sido identificada de diversas formas, como asociación humana, célula natural o como núcleo de toda organización social, etc.²¹

De modo que el término *familia* posee distintas acepciones, pues su significado depende del ángulo en el que se coloque el estudioso para reflexionarlo; un ejemplo de ello es el concepto de familia que tiene Baqueiro Rojas que nos dice que familia es: “*el grupo social en el que recae todo tipo de responsabilidades para que una sociedad se defina y desarrolle. Entre ellas en lo individual a cada uno de los sujetos unidos por vínculos de sangre producto de la convivencia intersexual y e filiación o por vínculos jurídicos, como ocurre con la unidad familiar en su totalidad.*”²²

Según Boquerio, nos habla de tres tipos de conceptos de familia: *biológico*, *sociológico* y *jurídico*. En el *biológico* dice que la familia se conforma por la “*unión sexual de la pareja compuesta por un hombre y una mujer a través de la procreación, generando lazos de sangre, por lo tanto, deberá entenderse como el grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación alguna*”.²³ El *sociológico*, se describe a la familia como:

*un conjunto de individuos que se han organizado de diferentes maneras, durante distintas épocas y lugares... correspondiendo a la denominada familia nuclear, compuesta exclusivamente de la pareja y sus descendientes inmediatos, los cuales al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva familia y aunque vivan separadas, están engranadas de una forma típica en redes alargadas de familias.*²⁴

²¹ *Idem.*

²² Baqueiro Rojas, Edward y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, 2ª. ed., México, OXFORD, 2013, p. 3.

²³ Baqueiro Rojas, op. cit., pp.3-4.

²⁴ *Idem.*

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

*grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como a otras personas unidas bien sea por vínculos de sangre, a partir del matrimonio y el concubinato, o bien por vínculos civiles, a las que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones y otorga al mismo tiempo derechos jurídicos, como la adopción.*²⁵

Según Chávez Ascencio, el concepto de familia tiene un concepto real de familia-parentesco, que se integra por el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar y comprende tres órdenes de relaciones: las conyugales, las paterno-filiales y las que genéticamente se llaman parentales.²⁶ Por tanto, su definición de familia habla de:

*una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual tiene un patrimonio propio; que se integra con los progenitores (o uno de ellos), y con los hijos (incluyendo a los adoptados) a quienes pueden incorporar otros parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del matrimonio o el concubinato, la filiación y el parentesco.*²⁷

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

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

²⁵ *Ibidem*, p. 5.

²⁶ Chávez Ascencio, *op. cit.*, p.209.

²⁷ Chávez Ascencio, *op. cit.*, p. 222.

*matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).*²⁸

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

El CFM, en su artículo 1º, da una definición de familia como una “*institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco por consanguinidad, adopción o afinidad.*” Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia, estos deberes, derechos y obligaciones son irrenunciables. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgirán entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato; así pues es deber de los miembros de la familia observar entre ellos, solidaridad, respeto y atención recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares especialmente en el respeto a los menores.

Se socializa de este modo el nuevo miembro, haciéndolo apto para la vida de la comunidad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social, logrando que el individuo se encuentre preparado para fundar por sí mismo su propia familia y recomenzar el ciclo que nutre la vida social.²⁹

Como lo hemos visto, es difícil aplicar una definición concreta y unívoca a todas las familias, que en sus diversas estructuras se encuentran en nuestro país, debido a que existe un verdadero mosaico familiar, ya que existe un gran variedad

²⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil. Primer curso parte general de personas, familia*. 21ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 447.

²⁹ Olavareta, Marcela, *La familia. Estudio antropológico. Familia Hoy*, Madrid. UNED, 1976, p.11.

de conceptos y realidades familiares, como las indígenas, campesinas, obreras, nucleares, monoparentales, entre muchas más.³⁰

1.4.1 La familia ampliada

En el derecho se reglamenta el concepto de *familia ampliada*, misma que se define como una comunidad compuesta por la madre, el padre, sus hijos (incluyendo los adoptados) y los abuelos.³¹ Otros autores como Baqueiro, señalan que la familia ampliada se organiza por medio de la agrupación de los hijos con sus parejas y con los hijos de éstos últimos, quienes pertenecen siempre a la familia originaria, familia fundante o del *páter*. En estas circunstancias es posible que tres o más generaciones vivan juntas en una unidad familiar y en un mismo lugar.³²

Así en el derecho comparado encontramos el uso del término *familia extensa* que parecería que se equipara al de *familia ampliada*, aunque su designación refiere que está constituida por parejas con o sin hijos y por otros miembros, parientes o no, de los miembros de la misma pareja inicial. Éstas se clasifican en: *simples* o *biparentales*, parejas con otros parientes, pero sin hijos; *monoparentales*, integradas por un padre y una madre, con uno o más hijos, además de otros parientes. Ejemplo de familia *monoparental*: la madre, la abuela y el hijo. *Biparental*: integrada por madre, padre e hijo y otros parientes.³³

La familia extensa comprende, la unión de todos los parientes vinculados por lazos de consanguinidad con un antepasado común así como las uniones de hecho, con o sin hijos. La SCJN, nos da una idea del concepto de *familia ampliada* en el siguiente extracto: "...se prevé la existencia de la familia ampliada y en ella debe

³⁰ Suárez Terán, Adolfo, *El Estado en el cuidado de los menores*, Morelia, México, Grafidea, 1989, p. 14.

³¹ Machicado, Jorge, *La familia*, http://jorgemachicado.blogspot.mx/2009/02/la-familia_19.html, consulta el 12 de junio de 2015.

³² Baqueiro Rojas, *op. cit.*, p. 4.

³³ Rosas Torres, Damián Enrique, *Protección jurídica de la familia: Algunas consideraciones*, <http://www.ilustrados.com/tema/9840/Proteccion-Juridica-familia-Algunas-consideraciones.html>, consulta el 18 de agosto de 2015.

comprenderse al padre, la madre, los hermanos, los abuelos, etcétera.” (Tesis: XXI.1o.C.T.1 C, 10a.)

La CDN, en el artículo 5° habla de la *familia ampliada* para el beneficio de los menores:

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

Asegurando así se comprueba la existencia de la *familia ampliada*, como miembros y parte esencial del desarrollo de los menores, para el uso de jurisprudencia de nuestros juzgadores en el momento que se necesite remitirse a este concepto y al derecho de permanecer los niños con sus hermanos durante el divorcio de sus padres.

1.4.2 Concepto de hermano

En la presente investigación queremos destacar que la relación con los hermanos es considerada por los expertos como la relación más prolífica y duradera de todas las relaciones sociales que pueda tener una persona. *Un hermano es aquella persona con la cual compartimos un lazo de consanguinidad en primer grado, con la cual compartimos por lo menos un padre o aquella persona que está dentro de nuestra generación y con la cual vivimos bajo un mismo techo parte de nuestra niñez y/o adolescencia.*³⁴

Los hermanos no sólo tienen en común los genes, la cultura, la educación o la clase social, además comparten las mismas experiencias dentro de la familia y

³⁴ CARABALLO Alba, *La importancia de los hermanos desde la infancia a la vejez*, <http://www.guiainfantil.com/blog/familia/hermanos/la-importancia-de-los-hermanos-desde-la-infancia-a-la-vejez/>, consulta el 19 de diciembre de 2015.

viven los mismos acontecimientos. Cada persona es única y tiene su propia personalidad, dos hermanos criados bajo el mismo techo tienen vínculos fraternos en común mismos que les ayudan al sano y correcto desarrollo de su personalidad. Según nos cuenta la psicóloga infantil María del Mar García Orgaz,³⁵ el hermano durante la niñez es una fuente de compañía, entre ellos hay una relación de amor y amistad. Son relaciones muy intensas; la relación fraternal ofrece un apoyo único y muy especial a lo largo de la vida y, muchas veces, están más cerca que los propios padres. Un hermano puede contribuir a hacer más feliz la vida de uno ya que proporciona valores tan importantes como compañía, cariño, entendimiento, amistad, seguridad o comprensión.

1.5 CONCEPTO DE DERECHO DE FAMILIA

Partimos de la aclaración que el término *derecho de familia* es equiparable al *derecho familiar*. Ahora bien, Chávez Ascencio define al *derecho de familia* como “*el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado y protegen a la familia y sus miembros, y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin.*”³⁶

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

Para Boqueiro Rojas y Buenrostro Báez, el derecho de familia, es “*el conjunto de normas jurídicas de orden público e interés social que regula la constitución, organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos*”.³⁷ Es parte del derecho privado que

³⁵ CARABALLO Alba, *La importancia de los hermanos desde la infancia a la vejez*, cit.

³⁶ Chávez Ascencio, *op. cit.*, p.140.

³⁷ Baqueiro Rojas, *op. cit.*, p. 8.

se vincula con el derecho público para reglamentar las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar en cuanto a su constitución, organización y disolución, de ahí que responda a la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio, o concubinato, filiación y el parentesco.

1.6 DERECHO DE LOS MENORES A UNA FAMILIA

Tomando en cuenta que la persona independientemente de su edad, sexo, o raza, necesita de la protección y ambiente familiar, podemos deducir que toda persona tiene derecho a formar parte de una familia y a pertenecer a ella. Así podemos decir que los menores son personas, sujetos de derecho y en el ámbito familiar se hace acreedores a la seguridad de tener una familia, a la formación humana integral y protección completa. Para quienes son privados de la posibilidad de ese ambiente familiar, el derecho familiar se deberá satisfacer a través de la adopción y la tutela y mediante la protección del Estado. De aquí que el Estado está obligado a proveer y fomentar un ambiente familiar idóneo en la adopción y la tutela, en beneficio de los menores.³⁸

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

La CDN, da a todo niño el derecho a una familia. El derecho a la familia permite relacionar al niño a una historia y una cultura, pero sobre todo le ofrece un perímetro de protección contra la violación de sus derechos. Los niños alejados de su familia se convierten en víctimas fáciles de violencia, explotación, trata, discriminación u otro tipo de maltrato o marginación. Sin embargo, puede pasar que la familia que

³⁸ Chávez Ascencio, *op. cit.*, pp. 396-397.

debería en principio proteger al niño le infrinja malos tratos violando sus derechos fundamentales.

El niño para el pleno desarrollo de su personalidad requiere de muchos elementos, entre los que destacan el amor y la comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, sin dejar de lado la vivencia cotidiana con sus hermanos bajo el mismo techo, generando así un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Queda establecida una doctrina de protección integral de los derechos de la infancia.³⁹

Esta nueva visión de los derechos de la niñez a tener una familia y gozar de un sano desarrollo integral, constituye un gran avance en materia de derechos humanos en general. Después de los lineamientos decretados por la CDN, las niñas y niños son considerados como seres en desarrollo que juegan un rol fundamental en la familia y en la sociedad, deben ser escuchados y tomados en cuenta; logrando así una participación de la niñez en la sociedad civil, lo que coadyuva a la construcción de políticas públicas encaminadas a salvaguardar y hacer efectivos sus derechos.⁴⁰

En el año 2000, en México el Congreso de la Unión aprobó una adición al artículo 4° de la CPEUM con la cual se elevaron a rango constitucional los derechos de los niños, acto significativo al ser la Constitución nuestro máximo documento normativo.

Actualmente, dicho artículo 4° reconoce el deber de ascendientes, tutores y custodios de preservar el derecho a una familia y establece la obligación del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el

³⁹ *Derecho de los niños a tener una familia*, <http://www.guiainfantil.com/fotos/galerias/derechos-nino/derecho-tener-familia/>, consulta el 11 de junio de 2015.

⁴⁰ Hernández Abarca, Nuria Gabriela, *Los Derechos de la infancia*, Cámara de Diputados, México 2009, <http://www.diputados.gob.mx/documentos/CEAMEG/3.%20derechos.pdf>, consulta el 15 de junio de 2015.

ejercicio pleno de sus derechos, así como de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. Debido a esta reforma constitucional, se creó la *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, LPDNNA, la cual parte de que se deben proteger el ejercicio de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en la nación mexicana.

A partir de lo anterior se desarrolla una amplia gama de posibilidades para el cumplimiento de estos derechos de los menores a tener las condiciones integrales para su desarrollo, destacando la vivencia en familia, tema que aún se puede ahondar más desde diferentes aristas.

CAPÍTULO SEGUNDO

II. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA FAMILIA DE LOS MENORES

2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La CPEUM, contiene un apartado especial de Derechos Humanos, dichos derechos son el conjunto de atribuciones que contienen la idea de protección de la dignidad de todas las personas y conducen a un desarrollo integral de las personas, abarcando diversos ámbitos en los en que se relacionan, tales como el individual, el social, el político, el económico y el cultural en una sociedad. Los derechos humanos se aplican a todas las personas sin importar su edad; por lo tanto, los niños y niñas tienen los mismos derechos humanos, en general, que los adultos. Pero de manera particular los niños son personas con características distintas a las de los adultos, son personas especialmente vulnerables, por lo que se hace necesario establecer derechos concretos que reconozcan sus necesidades y puedan recibir una protección específica.⁴¹

⁴¹ *Proteger y convertir en realidad los derechos de la infancia*, http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protecting.htm, consulta el 19 de junio de 2015.

El Estado tiene la obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos, para determinar sus efectos y sus responsables, mediante las instituciones y leyes de defensa como la propia CPEUM. Asimismo, debe sancionar a las autoridades que no respeten dichos derechos e incluso, reparar los daños que estas violaciones impliquen.

El 10 de Diciembre de 1999 se aprobó en la Cámara de Diputados una reforma al artículo 4º constitucional relativa a los derechos de la niñez en la LVI Legislatura, misma que fue derogada en el 2001⁴² y que crea los siguientes párrafos respecto al derecho de los niños poseer una familia o formar parte de ella, planteando que:

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

En la actualidad, el artículo 4º de la CPUM, protege una gama de derechos fundados en el principio de igualdad entre las personas, de entre ellos se destaca que toda familia tiene derechos, mismos que deben ser otorgados y protegidos por el mismo Estado.

A su vez se señala que la CPUM velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos, para que alcancen la satisfacción de sus necesidades, tales como: alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, y principalmente

⁴² Sauri Suárez Gerardo, *Las contradicciones de la reforma del artículo 4º, Constitucional, frente a la Convección de los Derechos de la Niñez*, México, 2000, <http://www.derechosinfancia.org.mx/Legislacion/legislacion6.htm>, consulta el 19 de junio de 2015.

derecho a una familia mediante la creación de diferentes organismos e instituciones. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios en beneficio real de los menores.⁴³

2.2 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La CDN, forma parte de los instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes con nuestro organismo jurídico, que garantizan y protegen los derechos humanos en el ámbito de la niñez. El objetivo de la Convención, adoptada en 1989, es proteger los derechos humanos de todos los niños del mundo.⁴⁴

La Convención consta de 54 artículos, que constituyen el conjunto de todos los derechos civiles y políticos de los niños en los países que la han ratificado. De igual forma establece las bases para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales, reflejando una nueva visión sobre la infancia y el compromiso del mundo para con los menores. Al ratificar la Convención, un gobierno indica su intención de convertir en realidad el compromiso que ella entraña en favor de los niños como en el caso de México.⁴⁵

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

⁴³ *Los derechos de los niños*, <http://www.presidencia.gob.mx/los-derechos-de-los-ninos>, consulta el 19 de junio de 2015.

⁴⁴ La Convención sobre los derechos del Niño, <http://www.humanium.org/es/convencion-definicion/>, consulta el 18 de agosto de 2015.

⁴⁵ *Proteger y convertir en realidad los derechos de la infancia* http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protecting.htm, consulta el 19 de junio de 2015.

La CDN determina que los estados preserven las relaciones familiares en beneficio del sano desarrollo de los niños y que a partir de la familia se desarrollen y respeten sus derechos, preservando su identidad, nacionalidad y nombre de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (Artículo 8° fr. I).

2.3 LEY GENERAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Por su parte, la LDNNA, señala entre otros derechos de los niños y niñas el derecho a la vida y de manera primordial el derecho de identidad; derecho a vivir en familia y a la no discriminación; derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral entre otros más. Fue promulgada por el presidente Enrique Peña Nieto el pasado 3 de diciembre de 2014, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 y entró en vigor el 5 del mismo mes.⁴⁶

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

Esta ley se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4°. de la CPEUM y contiene disposiciones de orden público, teniendo por objeto garantizar el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución a niñas, niños y adolescentes. Prevé la elaboración de un *Programa Nacional de Protección a Niñas, Niños y Adolescentes* que establezca líneas de acción para garantizar el bienestar de los menores.

En el capítulo IV de dicha ley, se prevé el derecho de vivir en familia y asienta que niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia y que no habrá

⁴⁶ Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, diciembre de 2014, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_041214.pdf, consulta el 19 de junio de 2015.

motivos suficientes para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni causa para la pérdida de la patria potestad a menos que los menores se encuentren en grave peligro.

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

Como tema de suma relevancia en la LPDNNA, destaca que las autoridades de las entidades federativas, municipales y demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de niñas, niños y adolescentes de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia en la búsqueda de un desarrollo pleno e integral de los menores (Artículo 22°).

Así, las niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, de acuerdo con los estatutos de la LPDNNA.

En sintonía con la LPDNNA, el *Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia*, DIF y las entidades estatales y municipales, deberán otorgar medidas especiales de protección de niñas, niños y adolescentes que hayan sido separados

de su familia de origen por resolución judicial. Las autoridades competentes garantizarán que reciban los cuidados que se requieran por su situación de desamparo familiar de conformidad con la legislación civil aplicable, procurando que:

- I. Sean ubicados con su familia extensa o ampliada para su cuidado, siempre que ello sea posible y no sea contrario a su interés superior.*
- II. Sean recibidos por una familia de acogida como medida de protección, de carácter temporal, en los casos en los cuales ni los progenitores, ni la familia extensa de niñas, niños y adolescentes pudieran hacerse cargo.*
- III. En el Sistema Nacional DIF, así como los Sistemas de las Entidades y Sistemas Municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán registrar, capacitar, evaluar y certificar a las familias que resulten idóneas, considerando los requisitos señalados para el acogimiento pre-adoptivo (Artículo 26°).⁴⁷*

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

2.4 CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE MICHOACÁN

El *Código Familiar del Estado de Michoacán*, CFM, se divide en dos libros, el primero se refiere específicamente al Derecho Familiar y el segundo al Procedimiento Familiar y está referido a las cuestiones de familia, las relaciones entre los miembros de que la conforman, entre otros tópicos relativos a la misma materia.

⁴⁷ Ley General de protección de niñas, niños y adolescentes, *op. cit.*

En dicho Código encontramos una definición de familia, diciendo que la familia *“es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco por consanguinidad, adopción o afinidad”* (Artículo 1°).

Respecto de los menores, nos menciona que es deber de los padres preservar el derecho a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, dejando en claro que la determinación de los apoyos para la protección de los menores o incapacitados estará a cargo de las instituciones públicas conforme a lo descrito en el artículo 2°, párrafos 4 y 5.

Específicamente, el Código no menciona el derecho de los menores a una familia, en realidad no les otorga muchos derechos; sin embargo, porque los niños son parte de una familia establece: *se reconoce a la familia como la base en la integración de la sociedad y del Estado. Éste, garantizará y protegerá la constitución, organización y el funcionamiento armónico de la familia como el mejor medio para lograr el orden y la paz sociales* (Artículos 3°. y 4°.).

Así pues, las disposiciones de este Código tienen como fin proteger la organización de la familia y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a la dignidad. Para el CFM, las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia; estas relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones, surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato (Artículos 5°. , al 7°.).

Por otro lado, por lo que compete a los derechos en general de los menores, asienta que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los jueces, las autoridades administrativas o el órgano legislativo, tomarán una consideración primordial que será el interés superior de los menores, en un sentido muy ambiguo, amplio y complejo, obligando a las autoridades del mismo a hacer que se protejan los derechos de niñas, niños y adolescentes (Artículo 11°.).

Con relación al tema principal de esta investigación, la presente legislación contempla el derecho de convivencia de los menores para los que ejercen la patria potestad, señalando que aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes. Este derecho (convivencia), también comprende a los ascendientes y colaterales en primer grado, respectivamente. En ambos supuestos, salvo que exista riesgo para el menor de edad (Artículo 428°, párrafo I).

Así se deja en claro que se otorga un derecho a los menores y estipula que no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de Primera Instancia resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor (Artículo 430).

Finalmente debemos considerar que el término del interés superior del menor es un derecho de protección integral para niñas, niños y adolescentes que conlleva a que antes de establecer una decisión respecto de ellos y su bienestar por parte de las autoridades, se adopten sólo aquellas medidas que promuevan y protejan íntegramente sus derechos.

2.5 LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL ESTADO DE MICHOACÁN

La *Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Michoacán de Ocampo*, LPDNNAM, fue Publicada el 12 de marzo de 2013, por el exgobernador Fausto Vallejo Figueroa, en ella se regulan y protegen los derechos de los niños y las niñas en el Estado de Michoacán de Ocampo. Esta legislación fue creada con el fin de reconocer a los menores como titulares de derechos, así como para garantizar el pleno goce, respeto, protección y promoción de los mismos. Además señala la integración, organización y funcionamiento del sistema estatal y de los sistemas municipales de protección integral de niñas, niños y adolescentes mediante el DIF en sus instancias respectivas, dejando como uno de los principios rectores el derecho a la familia y establece bases generales para

la participación de los sectores sociales públicos y privados en materia de defensa y protección de los derechos de los menores.

Por otra parte establece su aplicación conjunta y en consonancia con la CPEUM y las regulaciones municipales y locales; sin dejar de lado a la CDN y demás tratados internacionales de los que México participa, tales como la LDNNA, el CFM por mencionar algunas de las principales (Artículo 2°).

Al tener un acercamiento al capítulo II, se destacan los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sin limitaciones a gozar de una familia (Artículo 5 frac. V), es decir:

a vivir, crecer, ser protegidos en el seno de la familia y no ser expulsados de la misma; a participar libre y activamente en los asuntos de familia con pleno respeto a su opinión o interés; a no ser separados de su familia salvo sentencia u orden judicial, así como a tener y garantizarles a través de procedimientos jurídicos necesarios el derecho de audiencia y a integrarse libremente sin presión de ninguna autoridad, institución u organización a un hogar provisional recibiendo en dado caso los beneficios de la adopción.

La LPDNNAM, para garantizar la protección de los derechos de los niñas, niños y adolescentes, obliga a las autoridades estatales y municipales a generar un enfoque integral, transversal en materia de derechos humanos y a generar un diseño e instrumentación de políticas y programas de gobierno que promuevan la libre participación de los menores, tomando en cuenta su opinión y a considerar los aspectos culturales, éticos, psicológicos, afectivos, educativos y de salud de los mismos, en todos aquellos asuntos de su incumbencia, de acuerdo a su edad y desarrollo evolutivo y cognitivo.

2.6 JURISPRUDENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Es sabido que el ámbito de las jurisprudencias, se va haciendo día a día en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN. En materia de los derechos de los infantes se aprecia que el 28 de noviembre de 2014, con motivo del 25 Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, la SCJN, en coordinación con la UNICEF de México, ponen en marcha un nuevo micro sitio sobre los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que permite acceder de manera fácil y rápida a toda la información relevante sobre el tema.⁴⁸

Así México cuenta con un buscador jurídico especializado, en la materia de defensa, protección y promoción de los derechos de los menores, que permite acceder a la legislación nacional e internacional, así como a informes, recomendaciones, opiniones consultivas, jurisprudencias y documentos relevantes de este amplio campo jurídico. Se busca generar una cultura en pro de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia al alcance de todos.

Al poner la mirada en materia de defensa y promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a gozar de una familia, la SCJN se ha ejercido una jurisprudencia a tenor de las siguientes consideraciones jurisprudenciales:

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. SU CONTENIDO Y ALCANCE. Los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la protección de la familia como derecho humano. Ahora bien, de la interpretación que de este derecho han realizado diversos organismos internacionales en materia de derechos humanos, deriva su contenido y alcance: a) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; b) la familia y el matrimonio no son conceptos equivalentes, lejos de ello, el

⁴⁸ La Suprema Corte y UNICEF crean el primer buscador jurídico en material de derechos de la infancia y la adolescencia, http://www.unicef.org/mexico/spanish/noticias_28531.htm, consulta el 23 de junio del 2015.

matrimonio únicamente es una de las formas que existen para formar una familia; c) el derecho de protección a la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, mas no del matrimonio; d) por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica vida familiar, donde el goce mutuo de la compañía constituye un elemento fundamental de aquélla, aun cuando la relación de los padres esté rota, por lo que medidas nacionales que limiten tal goce sí conllevan una interferencia al derecho a la protección de la familia; así, una de las interferencias más graves es la que tiene como resultado la división de una familia; e) la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen como legítima la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando se asegure la igualdad de derechos, la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges y la protección necesaria de los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos; y, f) ningún instrumento internacional en materia de derechos humanos ni sus interpretaciones, se pronuncian sobre procedimientos válidos o inválidos para disolver el vínculo matrimonial, lejos de ello, dejan en libertad a los Estados para que en sus legislaciones establezcan los que consideren más adecuados para regular las realidades propias de su jurisdicción, siempre y cuando ninguno de éstos se traduzca en un trato discriminatorio en los motivos o en los procedimientos.⁴⁹

Cabe destacar de la citada tesis jurisprudencial, como elemento importante para la presente legislación, la interpretación que del derecho a la familia derivado de su contenido y alcance que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; la familia y el matrimonio no son conceptos equivalentes, lejos de ello, el matrimonio únicamente es una de las formas que existen para formar una familia y que el derecho de protección a la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar,

⁴⁹ Tesis 1ª. CCXXX/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, octubre de 2012, p. 1210.

mas no del matrimonio, por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica vida familiar, donde el goce mutuo de la compañía constituye un elemento fundamental de aquélla, aun cuando la relación de los padres esté rota, por lo que medidas nacionales que limiten tal goce sí conllevan una interferencia al derecho a la protección de la familia; así, una de las interferencias más graves es la que tiene como resultado la división de una familia; por lo que se debería respetar del derecho de los menores a no ser separados de sus hermanos de manera arbitraria durante los procesos de divorcio de sus padres.

Así mismo, la SCJN realizó una definición amplia del derecho a la familia de los menores, subrayando de modo especial la convivencia con un énfasis en la familia ampliada:

MENORES DE EDAD. SU DERECHO A LA CONVIVENCIA CON LA FAMILIA AMPLIADA. El derecho de convivencia y visitas es una institución fundamental del derecho familiar en México, que tiene como finalidad regular, promover, evaluar, preservar y, en su caso, mejorar o reencausar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona a cuyo cargo se encuentre la custodia del menor, por tratarse de un derecho humano, principalmente dirigido a éste, aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo. Por otra parte, en los artículos 5 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño se prevé la existencia de la familia ampliada y en ella debe comprenderse al padre, la madre, los hermanos, los abuelos, etcétera. Asimismo, se establece que los menores tienen derecho a tener relaciones familiares. De los preceptos legales que anteceden, se advierte que los sujetos titulares del derecho de convivir con los parientes no son estos últimos, sino los menores, porque sólo de esta manera pueden existir situaciones o circunstancias que afiancen su desarrollo, dignidad y respeto a sus derechos, de modo que se garantice un entorno de seguridad, afecto y salud, que les permita realizarse como sujetos. Por tanto, cuando los parientes de los menores pretenden ejercer, a través de la vía judicial, el derecho de

convivencia, el interés que debe privilegiarse es el de éstos, sobre la base de que se aseguren su desarrollo y dignidad, y esto último es lo que justifica el dictado de las medidas judiciales que correspondan para que su goce no sea ilusorio, insuficiente o ineficaz cuando se llegue a decidir la cuestión sustantiva en sentencia definitiva. Por tal motivo, si el órgano jurisdiccional competente llega a determinar en un juicio, que debe existir una convivencia entre los abuelos y los menores, esa decisión se encuentra justificada en atención al derecho de éstos a crecer en un entorno de afecto junto a su familia, debiéndose asegurar su goce efectivo. En tales condiciones, queda de manifiesto que uno de los derechos de los menores, es el de tener relaciones familiares, como lo prevé el citado artículo 8. Por tal motivo, el Estado y en específico los órganos jurisdiccionales de cualquier materia, están obligados a dictar todas las medidas necesarias, a fin de garantizar el real disfrute de ese derecho, ya que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. En efecto, corresponde a todos los órganos jurisdiccionales del Estado garantizar que los derechos relacionados con la salud física y de autonomía, como los referidos a la vinculación afectiva, interacción con adultos y niños y educación no formal no se restrinjan, desconozcan o se impida su realización, por lo que deben tomar todo tipo de medidas que garanticen el interés superior del menor, como las relativas a asegurar el derecho de los niños y las niñas a la convivencia y vinculación afectiva con sus padres, o bien, con los miembros de la familia, como lo refiere el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello es así, porque los sujetos titulares del derecho de convivir con los parientes no son éstos, sino las niñas y niños, porque sólo de esta manera pueden existir situaciones o circunstancias que afiancen su desarrollo, dignidad y respeto a sus derechos, de modo que se garantice un entorno de seguridad, afecto y salud que les permita realizarse como sujetos. Consecuentemente, las medidas judiciales que se dicten respecto del derecho de convivencia de los menores con su familia ampliada, deben garantizar que su goce no sea ilusorio,

*insuficiente o ineficaz, porque el titular de ese derecho son éstos y no los padres o sus parientes (Tesis XXI. 1°. C. T. 1. C.10ª).*⁵⁰

La SCJN, es muy clara para nuestro tema de investigación al concretizar que en los artículos 5 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño se prevé la existencia de la familia ampliada y en ella debe comprenderse al padre, la madre, los hermanos, los abuelos, etcétera. Asimismo, se establece que los menores tienen derecho a tener relaciones familiares. De estos preceptos legales, se advierte que los sujetos titulares del derecho de convivir con los parientes no son estos los familiares, sino los menores, porque sólo de esta manera pueden existir situaciones o circunstancias que afiancen su desarrollo, dignidad y respeto a sus derechos, de modo que se garantice un entorno de seguridad, afecto y salud, que les permita realizarse como sujetos, por lo que los menores no deben ser separados de sus hermanos.

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

En febrero del 2012 la SCJN presentó el *Protocolo de Actuación* para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, documento que a la fecha es reeditado. Dicha publicación recoge los estándares que el derecho internacional, en materia de derechos humanos, ha desarrollado sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes e incluye apartados específicos, como el derecho a que gocen de un ambiente familiar propicio para su desarrollo integral, permitiendo la aplicación de principios y consideraciones generales que deben tenerse en cuenta.

⁵⁰ Tesis XXI.1°.C.T.1 C (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, I., XXIII, agosto de 2013, t. 3, p. 1681.

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

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

De tal suerte, el derecho familiar logra restituir integralmente los derechos de una niña, niño o adolescente al armonizar protección, evitando la menor separación de la familia y la participación de la persona menor de 18 años en los juicios con un carácter de obligatoriedad. Así mismo establece la convivencia supervisada como recurso indispensable para la armonización de los derechos de protección y de menor separación de la familia.

El presente Protocolo, pone de manifiesto algunas reglas de actuación para los que imparten justicia, en casos de menores:

- I. La convivencia supervisada como medida de protección provisional debe considerarse como un elemento que permite salvaguardar la integridad física y psicológica de la persona menor de edad en casos de riesgo fundado, en equilibrio con el derecho a la menor separación de la familia.*
- II. En los casos en donde en la entidad correspondiente no cuente con centros de convivencia o bien con centros gubernamentales que puedan prestar dicho servicio, el Juez debe pedir el apoyo a trabajadores sociales o psicólogos para que ellos sean quienes supervisen la visita en el lugar en el que determine que se lleve la misma.*
- III. En todo caso en que se mandate convivencia supervisada, será indispensable garantizar que el niño, niña o adolescente reciba una explicación*

adecuada de la medida y su propósito precautorio a fin de evitar que se interprete la misma como castigo para sí o para el adulto.

IV. Sólo en caso de que el objeto de la medida de protección sea de sospechas de abuso sexual o cualquier otra agresión de naturaleza análoga es que se debe de evitar de manera provisional cualquier tipo de contacto.⁵¹

Por lo que respecta a la integralidad de las resoluciones judiciales, es necesario incorporar en toda resolución judicial de naturaleza familiar, el ordenamiento de aquello necesario para la protección y restitución de la esfera íntegra de los derechos de la niña, niño o adolescente, debiendo considerar lo siguiente:

- I. Analizar la afectación integral de derechos y determinar las necesidades para su protección y restitución.*
- II. Realizar un plan de restitución de derechos y ordenar los servicios necesarios para lograrlo. A su vez deberá ordenarse obligaciones indispensables a ser cumplidas por quienes queden al cuidado del niño, niña o adolescente a fin de garantizar que se ejerza la adecuada representación y ayuda al niño para dar cumplimiento al plan de restitución.*
- III. Ordenar la intervención familiar necesaria para obtener un equilibrio entre la protección del niño y la menor separación de la familia. A tal efecto la intervención familiar ordenada deberá agotar de manera sucesiva la coadyuvancia, la suplencia y en última instancia la sustitución.*
- IV. Designar medios y temporalidad para la valoración necesaria a fin de garantizar el cumplimiento del plan de restitución y de la correcta intervención familiar.⁵²*

⁵¹ Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes, febrero 2012.

⁵² Protocolo, *op. cit.*

Dichos medios deben permitir el pronto conocimiento por parte del juzgador de cualquier incumplimiento o insuficiencia de lo ordenado a fin de intervenir inmediatamente para la protección de los menores.

CAPÍTULO TERCERO

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR Y LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN MICHOACÁN

3.1 LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN MICHOACÁN

La palabra *divorcio* significa disolver, separar, apartar a las personas que vivían en una estrecha relación; Según Guillermo Cabanellas, *divorcio significa separarse, irse cada uno por su lado. Se define como la ruptura de un matrimonio valido viviendo ambos esposos.*⁵³ El divorcio existe cuando los cónyuges deciden terminar con el vínculo matrimonial que los une y una vez disuelto les permite volver a contraer nupcias.⁵⁴

En el CFM, se menciona que la disolución del vínculo matrimonial, puede tener varias causales: *muerte* de uno de los cónyuges, *divorcio decretado por autoridad administrativa o judicial* y *nulidad* declarada por el Juez de Primera Instancia (Artículo 218°). Al poner la mirada en el divorcio decretado por la autoridad administrativa y judicial, nos aparecen tres formas de disolver el vínculo matrimonial: *divorcio administrativo, divorcio voluntario* y *divorcio necesario*.

El divorcio necesario será abordado con mayor amplitud en materia la presente investigación. En base a lo aportado por el CFM se muestra que un *divorcio necesario* se da a petición de uno de los cónyuges sin la aprobación del otro (Artículo 261°). Hoy día esta figura de divorcio es muy común y contiene más

⁵³ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Editorial Heliasta S L R. 18° edición, 2008.

⁵⁴ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Nuestros Derechos. Derechos de los padres y de los Hijos*, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, México, UNAM, 2000, pp.78-80.

materia litigiosa puesto que no hay un acuerdo previo de las partes en lo que respecta a los bienes e intereses particulares de los implicados, entre ellos los hijos.

En materia procesal se podrían destacar como efectos ventajosos principales para los cónyuges involucrados en un divorcio necesario la posibilidad de volverse casar de manera inmediata si así lo desean, así como poder disponer de todo lo que le hubiere dado su conyugue dependiendo del régimen con el cual contrajeron nupcias, pero aparece cierta opacidad en materia del bien supremo de los menores y su derecho a tener una familia, ya que por lo regular sólo se toma en consideración la situación económica de los padres y su propio beneficio en general.⁵⁵

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

En caso de haber mutuo acuerdo entre los progenitores sobre quién se queda con los menores, nadie cuestionará tal decisión. Sin embargo, los problemas surgen cuando no existe acuerdo previo y es el juez quién debe decidir cuál de los progenitores será el responsable de la custodia, si se debe o no separar a los hermanos, qué necesidades afectivas y emocionales de los menores estará protegiendo, cómo afectara la privación de la relación estrecha con otros miembros de la familia como lo son los abuelos, tíos, primos... Además de considerar la disponibilidad de los padres para poder atenderlos y otras consideraciones como si algún de los cónyuges tiene algún tipo de adicción o puede llegar a poner en peligro la integridad del menor o los menores.⁵⁶

⁵⁵.Pérez Contreras., *op. cit.*

⁵⁶ González Reguera, Elizabeth, Guarda y Custodia del Menor, Congreso Internacional de Derecho Familiar, Ponencia, Facultad de Derecho, UNAM, en <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-195s.pdf>, consulta el 9 de septiembre de 2015.

3.2 MEDIOS QUE GARANTIZAN LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO NECESARIO, EN MICHOACÁN

Por lo que concierne al estado de Michoacán, en el CF, se determinan algunos medios que garantizarán la protección de menor durante el proceso de divorcio de sus padres. Así, un mecanismo de protección para los menores con respecto al derecho de convivencia con sus familiares (especialmente sus hermanos), es que el juez de lo familiar podrá decretar el cambio de custodia de los menores de edad previo al procedimiento respectivo de divorcio, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan parentesco de consanguinidad en línea recta ascendente. Aquí el juez decidirá sobre lo que mejor convenga al menor (Artículo 428°).

Ahora bien, la SCJN, tiene una tesis aislada en materia de protección del interés superior del menor durante el proceso de divorcio de los padres que generó controversia en la definición de la custodia de los menores y que buscó salvaguardar el correcto desarrollo de éstos últimos:

CONVIVENCIA, RÉGIMEN DE. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA SU CORRECTO DESARROLLO ENTRE MENORES Y SUS PROGENITORES, CUANDO ÉSTOS SE ENCUENTRAN SEPARADOS O DIVORCIADOS.- En observancia irrestricta a las garantías individuales que a favor de los menores consagran los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 1 al 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York, de los Estados Unidos de Norteamérica y ratificada por el Estado mexicano el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, la cual es obligatoria en cuanto a su observancia por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado, según lo dispuesto por el artículo 133 constitucional, atendiéndose incluso a las prevenciones de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el

Diario Oficial de la Federación el veintinueve de mayo del dos mil, en cuya exposición de motivos se establece la necesidad de allegarse una legislación encaminada a la protección de los derechos de los menores, que a su vez fuesen tutelados no solamente por instituciones especializadas y específicas, sino por los tribunales de justicia y toda la sociedad, para integrarlos plenamente a ella y permitirles el goce pleno de sus derechos como seres humanos; es indiscutible y preponderante que para determinar prudente y objetivamente un régimen de convivencia entre los menores con sus progenitores, que por alguna razón se encuentren separados o divorciados, los órganos jurisdiccionales y cualquier autoridad deberán tener en cuenta los referidos principios jurídicos, así como que respecto de la patria potestad, guarda y custodia y el derecho a un régimen de visitas y convivencias, el artículo 4.205 del Código Civil para el Estado de México previene que en caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad, el Juez habrá de resolver lo conducente en derecho en torno a la controversia suscitada teniendo siempre en cuenta lo mejor para los intereses de los hijos menores de edad. En orden con lo anterior, es indispensable precisar que en los casos de desintegración familiar provocados por la separación de los cónyuges, los hijos resultan ser los menos responsables, y sin embargo, son los que más la resienten en el ámbito psicológico, social y económico. Luego, en aras de ese supremo derecho que tienen los niños de ser amados y respetados, sin condición alguna, sus progenitores deben ejercer la guarda y custodia en un ambiente de comprensión, amor y máximo respeto, recurriéndose a terapeutas especializados en salud mental, con la única finalidad de entablar una mejor relación de convivencia con sus menores hijos, despojándose de todo resentimiento que llegase a perjudicarles; de modo tal que la convivencia de los infantes con uno y otro de sus padres, no debe generarles ningún desequilibrio emocional, sino, por el contrario, que al convivir con cada uno de ellos se sientan queridos, respetados y protegidos, nunca manipulados o utilizados para satisfacer diversos intereses. Entonces, en aras de prevenir algún posible daño psicológico, incluso corregirlo, si es que lo hubiere, los

padres deben asumir una responsabilidad absoluta respecto de sus menores hijos, pues el hecho de que se encuentren divorciados o separados no implica que no puedan ser excelentes guías paternas, incluso mejores que si vivieran juntos, por cuanto se encuentran obligados a compensar el terrible inconveniente que a los niños les produce la separación de aquéllos. Por consiguiente, en términos de lo que estatuye el numeral 4.203 del código sustantivo en cita, para ayudar a los niños a que no sufran incertidumbre alguna respecto de su futuro, y por el contrario, que crezcan tranquilos y sanos en todos los ámbitos personales y ante la sociedad, es menester que los aludidos menores sean protegidos, y que sus progenitores actúen honestamente en cuanto a sus sentimientos filiales, y así, prescindirán de egoísmos al disarse la guarda y custodia, y en especial, en cuanto al derecho de los aludidos infantes a convivir con sus progenitores, fortaleciéndose entre ellos los lazos de amor y respeto. De ahí que los referidos menores, no deben ser inmiscuidos en los conflictos de sus padres, quienes deben asumir responsablemente su misión, con la mejor disposición, para seguir conviviendo con sus menores hijos, educándolos consciente e integralmente, incluso, inculcándoles valores y principios conductuales, pues la paternidad nunca termina con una separación o el divorcio, por lo que ambos deben permitir que se lleve a cabo una convivencia en beneficio evidente de sus hijos, libre de celos, de resentimientos o de envidias, fungiendo como verdaderos padres, plenos e íntegros, inculcándoles sentimientos de amor, de inspiración, de superación, de esperanza, y sobre todo, de responsabilidad, evitándose así, en la medida de lo posible, cualquier conflicto emocional, personal o judicial que involucre a dichos niños; por lo que, a partir de esa referencia podrán organizar su futuro, pues no tienen la más mínima opción de desampararlos, por su corta edad. De acuerdo con el artículo 4.207 del Código Civil para el Estado de México, las anteriores reflexiones encuentran sustento en el hecho de que el derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, propiciándose así las condiciones para que se desarrollen las relaciones conyugales y

consanguíneas constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes, e incluso, tales facultades y deberes de carácter asistencial surgen entre los padres, hijos, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), y tienen como objetivo tutelar y fortalecer las relaciones y los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a las normas fundamentales establecidas para la protección de los hijos (Tesis: II.2°.C.520 C, 9ª).⁵⁷

La SCJN, define claramente el derecho de familia como un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, propiciándose así las condiciones para que se desarrollen las relaciones conyugales y consanguíneas constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes, e incluso, tales facultades y deberes de carácter asistencial surgen entre los padres, hijos, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), y tienen como objetivo tutelar y fortalecer las relaciones y los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a las normas fundamentales establecidas para la protección de los hijos, garantizando así el derecho que tienen los menores a no ser separados de sus hermanos, durante los procesos de divorcio de sus padres, ya que los menores no tienen la culpa de las circunstancias a las que se enfrenta su ambiente familiar, y los padres deben respetarlo.

3.3 MEDIOS QUE GARANTIZAN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR EN MICHOCÁN

Ante la ausencia de políticas públicas concretas para todos los casos de protección de los derechos de los menores de edad, el Estado debe obligar a los Ejecutivos estatales a generar los medios más adecuados para establecer políticas públicas encaminadas a mejorar las prácticas de prevención, protección y garantía

⁵⁷Tesis: II.2o.C.520 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, abril de 2008, p. 2327.

de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, respetando la CPEUM y los tratados internacionales de los que México es parte.

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

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

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

Hoy día el DIF a nivel estatal y municipal realiza acciones de prevención, atención y seguimiento a niñas, niños y adolescentes en situación de abandono, violencia, trata o vulnerabilidad social, para incorporarlos al núcleo familiar o albergarlos en instituciones adecuadas para su custodia, formación e instrucción, así como garantizar en todo momento su situación jurídica conforme a lo previsto

en la legislación de la materia (LDNNAM, Artículo 9º., frac. III); además tiene la obligación de impulsar y promover el reconocimiento y ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, por lo que ha estableciendo centros de información y denuncia que permiten canalizar y gestionar la atención de los mismos.

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

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

Por lo que respecta al Poder Legislativo, le corresponde legislar de conformidad con el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes armonizando las leyes y reglamentos, conforme a su competencia y en consonancia con los ordenamientos jurídicos en el ámbito federal e internacional (LDNNAM Artículo 16º., frac. I y II).

En materia de la protección del bien supremo de los menores, en el estado de Michoacán, Poder Judicial garantiza el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar sus opiniones libremente y a contribuir especialmente en la ejecución de las determinaciones de las autoridades competentes para cada caso particular

respetando las condiciones de protección de los menores mediante la intervención del Ministerio Público (LDNNAM Artículo 17°.). El Ministerio Público está facultado para intervenir de oficio en los casos en que la integridad física, emocional y sexual de los menores se vea afectada por parte de los tutores y ponga en riesgo su integridad y desarrollo, a fin de proceder siempre en atención a su interés superior (Artículo 38°.).

Finalmente el Poder Judicial del Estado Michoacán, en su portal de internet cuenta con un apartado referente a los derechos humanos y desarrolla programas de difusión y capacitación en esta materia. Dicho portal cuenta con una sección de niñas y niños, que ofrece un elenco de tratados y leyes que promueven el respeto y la defensa de los derechos humanos de los infantes, pero no desarrolla procesos concretos.⁵⁸

3.4 LOS MENORES Y LOS PROCESOS DE DIVORCIO NECESARIO EN MICHOACÁN

En el caso de los divorcios que involucran a menores en Michoacán, al momento de la presentación y contestación de la demanda ante el juzgado competente, inmediatamente se decreta fecha para la primera audiencia, donde se expondrán los motivos del divorcio por parte de ambos progenitores y cuando no hubiere un acuerdo de custodia, la autoridad decretará una custodia provisional y la modalidad de ésta, para que los menores puedan permanecer con uno u otro de sus padres, considerando siempre el interés superior de los menores, con una vigencia proporcional a la duración del proceso.

Por lo que respecta a la custodia de los menores durante los procesos de divorcio, el CFM, dice que la determinación que asuma el juez deberá atender al interés superior del menor, y en la medida en que éste se encuentre en condiciones de otorgarla, escuchará la opinión del menor; la que de ninguna manera determinará

⁵⁸ Derechos Humanos y Administración de Justicia, <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/atencion/derechosHumanos.aspx>, consulta el 18 de septiembre de 2015.

la decisión del juez, pero si le arroja elementos de discernimiento y valoración más objetiva.

Así, según el CFM, el juez procurará que los menores de catorce años queden al cuidado de la madre y resolverá, teniendo en cuenta el interés superior del menor, sobre las modalidades del derecho de convivencia con sus progenitores (Artículos 842°-843°), con la pretensión de proteger al menor para que durante el divorcio de sus padres no quede desamparado. Pero sorprende que la SCJN otorga el mismo derecho a ambos progenitores, estableciendo una dinámica de igualdad y en una auténtica búsqueda de la preservación del interés supremo de los menores, ya que no siempre la madre es la mejor opción.⁵⁹

En los casos que los menores son utilizados para rendir su testimonio durante el divorcio de sus padres o casos como el de guarda y custodia, la opinión de los menores resulta fundamental, no sólo porque el menor tiene derecho a ser escuchado en todo proceso que se le involucre, sino también porque puede aportar información relevante para el caso (como el ambiente cotidiano en que se desenvuelven las relaciones de cada uno de sus padres, su opinión sobre la calidad de vida de sus progenitores y algunos otros elementos como la presencia de violencia *intra familiar*).⁶⁰

Por lo anterior, se ha generado la figura de la *prueba testimonial a cargo de menores*. El CFM señala que cuando es requerido el testimonio de un menor, siempre que éste se encuentre en condiciones de rendirlo, en modo alguno se le someterá a interrogatorio verbal y directo; así, el juez en diligencia, sin mayor formalidad, escuchará al menor, en compañía del Ministerio Público y en su caso necesario, del tutor designado (Artículos 878°-880°.). Pero si el juez lo considera conveniente, escuchará al menor sin la presencia de sus ascendientes o de los asesores o abogados de éstos. En dicha diligencia, el juez procurará que, en un ambiente de confianza y tranquilidad, el menor exponga lo conducente en torno a la

⁵⁹ Amparo en revisión 2159/2012[3].

⁶⁰ Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes, de la SCJN, México, 2014, p. 25.

controversia de la que se trate el juicio; debiendo asentarse en el acta respectiva, los aspectos relevantes de sus manifestaciones (Artículos 881°-882°.). Para estos casos el estado de Michoacán otorga inmediatamente a los menores un tutor provisional o mentor quien representará al menor durante todo el proceso y ninguna opinión del menor podrá realizarse sin la presencia del mismo.

Otra protección que otorga el presente CFM a los menores en el divorcio de sus progenitores, sucede cuando la controversia versa sobre derechos de menores, a prudente arbitrio del juez, éste podrá pronunciarse sobre aspectos que no sean materia del litigio, pero relacionados con éste, siempre que impliquen un beneficio a favor de los menores fundamentando y motivando adecuadamente sus determinaciones (Artículo 892°.).

Si bien los menores tienen una participación mínima dentro de estos procesos de divorcio de los padres, no se debe menoscabar, la aportación de información respecto de la situación familiar que viven, ya que pueden influir y hasta modificar la decisión del juez otorgando elementos de valoración más objetiva para la protección de sus derechos.

3.5 PAPEL DE LOS OPERADORES JURÍDICOS RESPECTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DURANTE EL DIVORCIO DE SUS PADRES

El nuevo marco constitucional, resultado de la reforma en materia de derechos humanos, ha llevado a la emisión de una nueva jurisprudencia sobre temas relacionados con la infancia y la protección de sus derechos especialmente dentro de los procesos de divorcios de sus padres, que se ubican como parte de la Décima Época, de la SCJN.

Por tanto, debido a que la infancia participa en procesos judiciales en el estado de Michoacán y sigue procedimientos judiciales muy elaborados y tardados, resultando no idóneos, ni adaptados a sus características y necesidades específicas, se ha creado un *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes*, de la SCJN en el año de 2012.

Dicho protocolo señala la manera adecuada en la que las niñas, niños y adolescentes podrán participar en los juicios de divorcio de sus padres, donde se vean involucrados, ejerciendo plenamente su derecho a audiencia.⁶¹ Así pues el Poder Judicial del Estado, tiene a su cargo el deber de impartir justicia en base a estos lineamientos y por tanto le compete:

I. Garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar sus opiniones libremente y a contribuir especialmente sobre las decisiones que le afecten;

II. atender primordialmente al interés superior de la niña, niño y adolescente en todas las medidas que tomen;

III. otorgar medidas de protección que en su condición de menor requieren por parte del Estado; y

IV. las demás que le confieren otros ordenamientos jurídicos. ⁶²

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

⁶¹ Protocolo de Actuación, *op. cit.*, p.15.

⁶² *Idem.*

3.5.1 Ministerio Público

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

En los casos de materia familiar y divorcios necesarios, el Ministerio Público ejerce sus funciones a través de representantes, llamadas *Agentes del Ministerio Público*, es decir, personas cualificadas que tienen atribuciones de representantes sociales para la protección de menores. Así pues tienen atribuciones de salvaguardar los intereses públicos e individuales en los juicios que actúen como parte e interviniendo en las diligencias en que se deba representar el interés de la sociedad, presentando promociones, asistiendo a las audiencias y desahogando las vistas que se les mande dar.⁶³

Por otra parte, los Agentes del Ministerio Público hacen del conocimiento del Gobernador del Estado y del Supremo Tribunal de Justicia de la entidad, los abusos e irregularidades que adviertan en los juzgados o tribunales, que afecten la pronta, expedita y debida impartición de justicia (Artículo 9°). En la práctica, se les ha otorgado la facultad de promover la conciliación en los asuntos del orden familiar. Cabe hacer mención que de los 7 *Juzgados Familiares* que existen en Morelia, se encuentra adscrito a cada juzgado un Agente del Ministerio Público.

⁶³ Sagarra Paramont, María Moncerrat, *El Ministerio Público y la familia*, UNAM, México, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/136/14.pdf>, p. 185, consulta el 22 de septiembre de 2015.

3.5.2 Tutores o tutriz provisionales

Ahora bien, atendiendo al interés superior del menor reflejado en la protección de los menores durante los juicios de divorcio de sus padres, el Estado (Poder Ejecutivo), se encuentra obligado a proteger y garantizar los derechos de los menores mediante instituciones determinadas a tal fin, en el caso de Michoacán, le corresponde al titular del DIF, designar a las personas aptas e idóneas, quienes acompañarán a los menores en todas sus intervenciones durante el juicio respectivo.

A estas personas les corresponde entre otras cosas, el ejercicio de las facultades siguientes: formular, instrumentar y difundir los programas y acciones de defensa, asesoría y representación jurídica, provisión, prevención y protección de menores, en especial aquello que forman parte de familias en estado de vulnerabilidad social. Por medio de los tutores o tuteurs, se formulan estudios e investigaciones que impulsen y amplíen las acciones a favor de la defensa y protección de los menores y su derecho de familia; coadyuvan con el Ministerio Público en la presentación de elementos y pruebas para la protección de los derechos de los menores y su derecho de familia y les representan en los procedimientos familiares que se deriven de los divorcios, de conformidad con las normas aplicables (Artículo 11°.)⁶⁴

Por ejemplo en la ciudad de Morelia se cuenta con 7 Juzgados Familiares, cada juzgado tiene adscrito un Agente del Ministerio Público y una tutriz o tutor provisional, con la finalidad de representar a los menores, siendo los encargados de vigilar que sean respetados los derechos de las niñas, niños y adolescentes, por lo que tienen una gran responsabilidad como funcionarios en los juicios familiares.

⁶⁴ Reglamento interior del sistema para el desarrollo integral de la familia michoacana, México 2012.

CAPÍTULO CUARTO

IV. EL DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS HERMANOS Y EL DERECHO COMPARADO

4.1 EL DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS HERMANOS DURANTE EL PROCESO DE DIVORCIO EN MICHOACÁN

En el estado de Michoacán se cuenta con una trayectoria de claroscuros en el ejercicio de la búsqueda de la protección del interés superior de los menores, ya que se deberían contar con la garantía real de que en el momento que comienza el divorcio de sus padres, dentro de la primera audiencia donde se decreta la custodia provisional, no se les separe de sus hermanos, sin que ellos mismos expresen su decisión de permanecer o no con ellos y a preservarlos de que alguno de los progenitores decida sustraerlos de su hogar sólo para perjudicar al otro cónyuge.

Para confirmar este planteamiento se puede confrontar el Juicio Ordinario Familiar sobre Divorcio Necesario y otras prestaciones, número 666/2013 ⁶⁵ del Juzgado Cuarto de lo Familiar, del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán; donde existía una familia compuesta por ambos progenitores y 5 hijos, menores de edad, donde por diferencias nunca definidas, la esposa decide abandonar el hogar y llevarse con ella a la menor de sus hijas que contaba con tres años de edad, dejando al padre con cuatro hijos a su cuidado. El padre decide interponer el divorcio necesario y reclamar la custodia de la menor de 3 años, ya que fue sustraída sin motivo alguno de su hogar por su madre.

En consecuencia el juzgador acepta la demanda, se decretan las audiencias de menores, pero jamás se decreta una custodia provisional; durante el proceso se comprueba que la madre no tiene buena reputación y que la menor se encuentra en peligro, puesto que se queda en casas encargada con vecinos y desconocidos y el juez jamás considera el peligro para la menor, ni toma en consideración que la

⁶⁵ Juicio Ordinario Familiar sobre Divorcio Necesario y otras prestaciones, número 666/2013 del Juzgado Cuarto de lo Familiar, del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán.

menor se encuentra fuera de su hogar y fue separada de su familia únicamente por deseos de su progenitora.

Durante el procedimiento, las psicólogas, la tuitriz y el Agente del Ministerio Público adscritos a dicho juzgado, hacen manifestaciones, respecto a que la menor no debe vivir con su madre y que su padre le ofrece un mejor ambiente de desarrollo integral en compañía de sus hermanos, bajo el cobijo de una familia, a lo que el juez hace caso omiso. Finalmente se dicta sentencia de convivencia entre los menores y sus progenitores, pero se ignora la convivencia de la menor con sus hermanos. El juzgado jamás tomó en consideración el derecho de estos menores a permanecer en familia y el de la menor a no ser separada arbitrariamente de sus hermanos, ni del padre que era la mejor opción para salvaguardar el interés superior de los menores, especialmente de esta pequeña de apenas 3 años de edad.

La sentencia final de fecha 27 de octubre del año 2015, no consideró el deseo de la menor de vivir con su padre y hermanos, que manifestó en la audiencia donde fue escuchada (contaba ya con 5 años de edad), ni las evidencias de los asesores psicológicos y de su tuitriz, así como del ministerio público, dando un fallo a favor de la madre, quien nunca expresó el motivo por el que separaba a la menor de sus hermanos; lo que demuestra la vulnerabilidad del interés superior del menor y esta separación se prolongó para la menor por más de dos años en detrimento de los daños que le pudieron haber provocado.

Cabe señalar que para formular la siguiente sentencia, el juzgador argumentó que tanto el padre como la madre de los menores, tenían solvencia económica, ambos se quedarían con los menores que tenían al inicio del proceso, ignorando el interés superior de la menor, y resumiéndolo únicamente a dinero; sin considerar las necesidades afectivas de la menor, entre otras cosas.

La sentencia quedó de la siguiente forma expresada en algunos puntos resolutivos: ⁶⁶

PRIMERO. Este órgano jurisdiccional ha resultado competente para conocer de este juicio.

SEGUNDO. El actor E I C, justificó los hechos constitutivos de su acción de estado civil que sobre divorcio necesario ejercitó frente a M Á I G, quien no demostró sus defensas.

TERCERO. Se declara procedente la acción que sobre divorcio necesario promovió el referido I C frente a la citada I G.

CUARTO. Se decreta la disolución del vínculo matrimonial que une a las partes en este juicio, recuperando ambos su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, tan luego cause ejecutoria este fallo. Una vez que cause ejecutoria esta determinación, por los conductos legales correspondientes, remítase copia certificada de las constancias conducentes al Oficial Primero del Registro Civil de esta ciudad, para que levante el acta de divorcio y haga las anotaciones marginales de ley en la partida de matrimonio; asimismo informe a los Oficiales correspondientes para que realicen las anotaciones necesarias en las actas de nacimiento de los divorciados.

QUINTO. Se determina que ambos padres continuarán ejerciendo la patria potestad respecto de sus menores hijos.

SEXTO. Corresponde a E I C ejercer la custodia definitiva sobre sus descendientes D P y C, ambos de apellidos Ibarra Inocencio; y se reconoce el derecho de éstos a convivir con su progenitora, atento al régimen determinado en este fallo. Igualmente, corresponde a M Á I G ejercer la custodia definitiva

⁶⁶ Los nombres de las partes controvertidas en el presente juicio, así como el de los menores, se han omitido, para la protección de sus datos personales.

de su hija A E I I; y se reconoce el derecho de ésta a convivir con su progenitor, atento al régimen determinado en esta resolución.

SÉPTIMO. Se ordena a las partes del presente juicio acudan a terapia psicológica, en términos del considerando relativo.

Como se ha citado con anterioridad la SCNJ, tiene una jurisprudencia respecto de la convivencia de los menores pertenecientes a una familia ampliada; en ella debe comprenderse al padre, la madre, los hermanos, los abuelos, etcétera. Asimismo, se establece que los menores tienen derecho a tener relaciones familiares sólidas como un derecho humano que favorecerá su desarrollo pleno, para ello se pueden consultar tesis consideran el interés superior de los menores de una manera más completa.

Lamentablemente la SCJN, sólo estipula que en el momento de iniciado el juicio donde se trate de la custodia de los menores, se debe respetar este derecho de los menores a convivir con su familia y particularmente con sus hermanos, abuelos y demás familiares, pero no habla de los derechos de los menores a permanecer en familia durante el proceso de divorcio de sus padres como podemos leer en el siguiente texto:

DERECHO DE CONVIVENCIA. EL INTERÉS QUE DEBE PRIVILEGIARSE ES EL DE LAS NIÑAS Y NIÑOS, SOBRE LA BASE DE QUE SE ASEGURE SU DESARROLLO Y DIGNIDAD. PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO QUE TIENE POR MATERIA LA LIMITACIÓN A ESE DERECHO. Cuando los padres de las niñas y niños pretenden ejercer el derecho de convivencia, el interés que debe privilegiarse es el de las niñas y niños, sobre la base de que se asegure su desarrollo y dignidad. Esto último es lo que justifica el sentido de la medida judicial cautelar que se dicta en el juicio de amparo indirecto para que su goce no sea ilusorio, insuficiente o ineficaz cuando se llegue a decidir la cuestión sustantiva en sentencia definitiva. Así, debe ponderarse que la medida provisional que llegue a dictar un Juez en un juicio determinado para que exista una convivencia entre los padres y las niñas y niños o no se ponga en peligro su goce, se encuentra

justificada en atención al derecho de éstos a crecer en un entorno de afecto junto a su familia y a asegurar su goce efectivo. De ahí que, la circunstancia de que sean los padres de las niñas y niños quienes soliciten el reconocimiento de ese derecho de convivencia, no significa que sean estos últimos los titulares absolutos sobre el contenido y alcance de aquél, sino que en todo caso, está subordinado al interés superior del niño y a la etapa de desarrollo en que se encuentra; en relación con esto último, también debe destacarse que la regla establecida en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño es muy general, al comprender como tales a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, a menos que bajo la ley aplicable al niño, haya alcanzado antes la mayoría. Existen diversas etapas en la infancia, que son además relevantes para decidir la forma de ejercicio de la convivencia y determinar la necesidad del menor, entre otras cosas, de vincularse afectivamente con los adultos y, en especial con sus padres y la familia a fin de que pueda relacionarse con seguridad con el mundo que le rodea. La convención de mérito como elemento integrante de nuestro orden jurídico faculta a las autoridades, como la judicial a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la convención. Y constituye una costumbre ordinaria de la sociedad que el afecto hacia el menor, desde su primera infancia, fluya no sólo de los padres, sino de los hermanos y aquellos que forman parte de la familia extensa si la hay, porque atañe a valores de socialización y convivencia que forman un sentimiento de seguridad y confianza en el mundo que lo rodea, por lo que salvo que esté demostrado que tal situación representa un peligro para el goce de los derechos de la niña o niño, el juzgador no sólo debe asegurar sino incentivar que esa situación se verifique antes del dictado de una sentencia que reconozca definitivamente los términos del ejercicio de una convivencia solicitada, como una vez resuelta en definitiva la controversia planteada. En ese contexto, se parte de la base de que, en condiciones de

conflictos sujetos a la tutela judicial sobre convivencia, el niño es quien resiente, desde luego, los efectos de la falta de convivencia con la familia porque constituyendo una etapa de rápido y definitivo desenvolvimiento, que no es factible rehacer o revivir, deben facilitarse los medios para que la convivencia ocurra de modo que el goce de sus derechos como el de ésta no se vea mermado, salvo que esté demostrado que resulta un peligro para el menor (Tesis 1a. 162383. I.3o.C.927 C., 9ª,2011).⁶⁷

La CDN, sólo menciona que los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local de los tutores u otras personas encargadas legalmente de los menores para impartirles, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que se ejerzan los derechos reconocidos en la presente Convención, sin decirnos que los menores tiene derecho a no ser separados de sus hermanos durante un divorcio solamente por capricho de alguno de sus progenitores y ligereza de criterio y discernimiento del juzgador.

Por otro lado, la LGDNNA, establece en que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia por lo que la falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni debe ser causa para la pérdida de la patria potestad siempre que estos representen una garantía de la protección del interés superior de los menores basado no sólo en el punto alimenticio o monetario.

Niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y en términos de las disposiciones aplicables, de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie una orden de la autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez,

⁶⁷ Tesis 1ª. 162383. I.3o.C.927 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época., t. XXXIII, abril de 2011, p. 1300.

de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas y la seriedad de las mismas, no se trata terminar divorcios a destajo o para cumplir indicadores que justifiquen presupuestos carentes de profesionalismo (Artículo 22.).

Asimismo, se tendrá como prioritaria la necesidad de que niñas, niños y adolescentes, cuyos padres estén separados, tengan derecho a convivir y tener trato directo con ambos, salvo que de conformidad con la ley, la autoridad determine que ello es contrario al interés superior del niño (Artículo 51). Sin embargo, como hemos visto durante esta investigación en Michoacán no existe un precepto que garantice que los menores no sean separados de sus hermanos en vistas a la búsqueda un desarrollo más integral de los mismos.

Por otro lado debemos tener en cuenta, como lo menciona Elizabeth González Reguera en su libro *Guarda y Custodia del Menor*, los mayores problemas de la separación o divorcio vienen cuando no existe un acuerdo previo y es el juez quien debe decidir. En este supuesto hay que tener en cuenta varios factores: no separar a los hermanos, las necesidades afectivas y emocionales de los mismos, la cercanía de otros miembros de la familia como los abuelos, entre otros. Todo esto da al traste cuando los jueces no asumen su papel con objetividad, basados en las pruebas y con un profesionalismo que garantice los derechos de los menores.⁶⁸

A pesar de todas estas disposiciones; en Michoacán no existe un ordenamiento jurídico que proteja el derecho del menor a permanecer con su familia y no ser separados de sus hermanos durante el divorcio de sus padres. Esto se menciona porque existen casos en los que durante el proceso de divorcio necesario, los progenitores para hacerle la situación más difícil al otro cónyuge, deciden llevarse a un hijo consigo, separando a este menor de su hogar y en algunos casos

⁶⁸ González Reguera, Elizabeth, *Guarda y Custodia del Menor*, México, UNAM, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2287/12.pdf>, p.187.

el menor es demasiado pequeño para que su opinión sea tomada en cuenta y por tanto es segregado sin más del núcleo familiar.

Por tanto se hace necesaria la existencia de un mecanismo de leyes reales en Michoacán, que protejan verdaderamente los derechos de los menores a permanecer con su familia mientras transcurre el proceso de divorcio de sus padres, a que permanezcan con sus hermanos y puedan tener una convivencia real con los mismos, ya que al no ser respetados dichos derechos, los menores quedan fuera de su familia hasta por dos o tres años, periodo que llegan a durar algunos de los procesos de divorcio necesario en detrimento del desarrollo integral de los menores.

Ya que las instituciones públicas tienen la obligación de hacer valer los derechos de las niñas, niños y adolescentes, consagrados en el artículo 4° de la Constitución, deberían legislar e implementar políticas públicas que protejan y hagan realidad las prerrogativas de protección los menores. Así pues el Poder judicial también deberá velar, dentro del ámbito de sus competencias, por hacer realidad estos derechos; particularmente asegurando los procesos jurisdiccionales en los que se vean involucrados menores para evitarles un posible perjuicio.⁶⁹

4.2 DEL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO

Por lo que respecta a la separación entre los cónyuges, se decretará judicialmente en dos circunstancias. Por un lado se encuentra la separación judicial convencional (o de mutuo acuerdo) que tiene lugar a petición de ambos cónyuges, o de un cónyuge sin el consentimiento del otro. Esto es, la demanda deben interponerla conjuntamente los dos cónyuges, aunque cabe la interposición individual acreditando contar con el consentimiento del otro. Para obtener la sentencia es necesario: haber transcurrido los tres primeros meses del matrimonio; y acompañar a la demanda con la propuesta de convenio regulador de la separación.

⁶⁹ Carbonel Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa, UNAM, 2012. p. 236.

La función del juez ante la decisión de los cónyuges de separarse es limitarse a comprobar que se cumplen los requisitos legales: existencia de matrimonio, transcurso de al menos tres meses desde su celebración y voluntad expresa de los contrayentes de separarse. En ningún caso el juez entrará a valorar los motivos que llevan a los cónyuges a tomar la decisión de separarse. Su misión es diferente en relación al convenio regulador presentado por las partes, pues la autoridad judicial deberá analizar el contenido del convenio y no podrá aprobar aquella parte del mismo que sea dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.⁷⁰

Por otro lado se contempla la separación judicial unilateral. En este sentido la separación contenciosa exige dos requisitos: En primer lugar, la voluntad unilateral de un cónyuge de separarse pues, o el otro cónyuge no quiere separarse, o no hay acuerdo entre ambos en relación al contenido del convenio regulador. Y, en segundo lugar, la obligatoriedad del transcurso de, al menos, tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo de tres meses para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

El juez puede propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas las medidas o del mayor número de ellas. De esta forma, las partes pueden pedir la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar, que se establece en la ley como un recurso voluntario alternativo de solución de litigios familiares por la vía de mutuo acuerdo, con la intervención de un mediador imparcial y neutral.

⁷⁰ *Ibidem.* p. 258.

4.3 DERECHO DE MENORES (DERECHO COMPARADO)

El 6 de diciembre de 1990, España ratificó ésta CDN. Con esta firma se comprometió a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, adoptando para ello todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención,⁷¹ por tanto, a partir de esa fecha se han logrado grandes avances como una nueva visión de los niños como sujetos de derechos y en base a esto los Derechos de la Infancia se basan en cuatro principios fundamentales:⁷²

- La no discriminación: todos los niños tienen los mismos derechos.
- El interés superior del niño: cualquier decisión, ley, o política que pueda afectar a la infancia tiene que tener en cuenta qué es lo mejor para el niño.
- El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo: todos los niños y niñas tienen derecho a vivir y a tener un desarrollo adecuado.
- La participación: los menores de edad tienen derecho a ser consultados sobre las situaciones que les afecten y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

4.4 DERECHO DE MENORES RESPECTO A LA CONVIVENCIA ENTRE HERMANOS EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO (DERECHO COMPARADO)

El derecho de los menores a tener una familia se encuentra consagrado en el artículo 39 de la Constitución de España, y establece que:

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

⁷¹ *20 Años de la Convención sobre los Derechos del Niño: restos pendientes*, https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Informe_Infancia_Espana_2010_UNICEF.pdf, consulta el 3 de octubre de 2015.

⁷² *Derechos del Niño*, <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino>, consulta el 3 de octubre de 2015.

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

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

Ahora bien, por lo que respecta a los procesos de divorcio en España, según el CC, en su artículo 770, las demandas de separación y divorcio, se realizarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título y con sujeción, además, a las siguientes reglas: la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho.

Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y por tanto, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

A la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. También será obligatoria la presencia de los abogados respectivos.

Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre

medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años.

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario. En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo.

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

Así pues, después de dar en breve recorrido por el proceso de divorcio en España la ruptura de la convivencia conyugal conlleva a que los progenitores dejen de vivir juntos pero no les exime de las obligaciones para con los hijos, de ahí que en España se ven con la obligación de establecer unas medidas en relación con los hijos relativas a la patria potestad, a la guarda y custodia y las relaciones personales. En estas medidas se prima sobre el interés de los hijos y su derecho a ser oídos sin olvidar que el juez antes de adoptar alguna de las decisiones respecto de los menores podrá recabar dictamen de especialistas, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.⁷³

⁷³ Carrasco Perena, Ángel y Ureña Martínez, Magdalena, *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Madrid, España, Tecnos, 2013, pp. 203-204.

El poder de la sentencia que pone fin a la relación matrimonial suele otorgar la patria potestad, si no dispone nada sobre el particular, corresponderá al cónyuge que tenga la guarda y custodia de los hijos durante el proceso. El juez podrá decidir en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida totalmente por uno de ellos.

La finalidad de la guarda será determinar con cuál progenitor va a vivir el menor tras la ruptura matrimonial, quien será el encargado de realizar las tareas cotidianas concernientes al cuidado, educación y formación integral del menor. En el Derecho Civil español existen los dos modelos de guarda y custodia: compartida y única.

Como dato de suma importancia, en España los progenitores deciden el modelo de guarda y custodia para sus hijos. Si existe un acuerdo, los progenitores proponen en la propuesta de convenio un sistema de guarda, considerado el más beneficioso para sus hijos, sin que ninguna modalidad de guarda tenga una preferencia legal frente a la otra. El juez, con independencia del sistema de guarda elegido (por las partes), valorará si dicha medida resulta más beneficiosa para los menores, adoptando las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido procurando no separar a los hermanos.⁷⁴

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

A falta de acuerdo, la decisión corresponderá a la autoridad judicial con arreglo al sistema diseñado en el CC, con carácter general el juez decidirá al cuidado de cuál progenitor quedarán los hijos menores de edad (custodia única). Antes de adoptar esta medida oirá a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a

⁷⁴ *Ibidem*. p. 205.

los que fueran mayores de 12 años. De manera excepcional podrá atribuir la guarda a los abuelos o a otros parientes allegados.

Finalmente debemos mencionar que en el país vasco, cuando se alude al derecho a las relaciones personales, se hace referencia al derecho que tiene todo menor a relacionarse con sus progenitores, o con otras personas con las que les unen lazos familiares o afectivos como hermanos, abuelos, parientes y allegados.⁷⁵ El legislador considera que el menor también debe relacionarse con aquellas personas con las que se encuentra unido por fuertes vínculos familiares. Este derecho se establece en beneficio del menor con la finalidad de favorecer su desarrollo integral, ya que la presencia cercana de familiares y allegados puede resultar muy beneficiosa, ayudando al menor a asumir su nueva situación familiar de modo menos traumático.

⁷⁵ *Ibidem.* p. 215.

CONCLUSIONES

Debe quedar en claro que en materia de divorcio son muchos los modelos y situaciones, contando con muchas variables para cada caso. La mirada de la presente investigación parte del derecho de los menores a gozar de las garantías que les generen un sano desarrollo integral.

Un proceso de divorcio pasa por varias etapas, los agentes activos parecen ser los cónyuges y los jueces que intervienen para garantizar sus derechos. No son pocos los casos donde los menores son casi ni se les considera y a veces hasta se les nulifica en el momento de emitir una sentencia al respecto de su guarda custodia. Michoacán sin duda avanza en la línea de madurez jurídica al respecto, pero sigue conservando lagunas que aún no han sido tratadas con seriedad y profesionalismo.

En este escenario de divorcio no se considera lo que marcan la legislaciones internacionales y nacionales en materia de protección a los menores. Parece que poco importa para los jueces que se divorcien los padres y menos que se genere una ruptura afectiva de gran relevancia al decidir que los hermanos también se separen sin más ni más, considerando como primordial el aspecto de la percepción económica que tiene cada progenitor, como si tratara de que el que tiene más dinero es más apto y el que tiene menos es menos apto para educar, dar cariño, atención, cercanía, acompañamiento, ofrecer valores, haciendo una mejor inserción a la sociedad de los menores.

La relevancia de la familia no está en desuso. A nivel psicológico, sociológico, político, económico, religioso, jurídico, etc. la familia constituye la base fundamental de la formación de una persona. Son los niños los que deben vivir inmersos en climas familiares sanos. Un divorcio establece ya una fragmentación porque los padres han decidido separarse y a esto se suma el deseo de querer separar a los hijos por interés de los padres o de las jueces, propiciando el desmoronamiento de la unidad familiar en esa línea fraternal tan valiosa. Éticamente se habla de buscar de los bienes, el mejor y de los males, el menor. ¿No sería mejor que los menores sufrieran sólo la separación de padres y sin agregar el divorcio con sus hermanos?

En consecuencia el Estado respecto a los niños tiene una misión esencial consistente en proteger a las instituciones que favorecen su desarrollo integral. Podemos deducir que toda persona tiene derecho a formar parte de una familia y a pertenecer a ella y la relación fraternal es muy relevante. Así, los menores son personas, sujetos de derecho y en el ámbito familiar se hacen acreedores a la seguridad de tener una familia, a la formación humana integral y protección completa en compañía de sus hermanos.

En Michoacán existe un ordenamiento jurídico que protege el derecho del menor a permanecer con su familia, pero no el de permanecer unido a sus hermanos durante el divorcio de sus padres. Por tanto se hace necesaria la existencia de un mecanismo de leyes concretas y procesos profesionales, que protejan verdaderamente los derechos de los menores a permanecer con sus hermanos mientras se da el proceso de divorcio de los padres que puede llegar a prolongarse hasta por dos o tres años truncando el desarrollo integral de los menores

Otro aspecto importante que se sobresale en la presente investigación, es la necesidad de crear una *Comisión* activa, no sólo de nombre que se especialice en la protección de la protección integral de los derechos de los menores, especialmente durante el proceso de divorcio de los padres y su posterior desarrollo después de la sentencia final con un monitoreo profesional permanente hasta el alcance de la mayoría de edad de los menores.

Los procesos jurídicos de divorcio en el estado de Michoacán varían mucho según las diferentes zonas y municipios, ya que no se sigue una uniformidad de formación y criterios jurídicos. La ciudad de Morelia es la única que cuenta con juzgados familiares, dichos juzgados se muestran afectados por una gran carga de trabajo aparente, por rutina, falta de capacitación y hasta apatía de los servidores públicos, que dan una imagen de poco profesionalismo e interés por el bienestar de quienes acuden a solicitar justicia. El resto de las poblaciones acuden a resolver sus casos de divorcio en juzgados civiles, lo que aumenta la propensión de desatención

a cuidar el desarrollo integral de los menores dentro de un ambiente familiar en compañía de sus hermanos. Hay un interés de justificar presupuestos, de hacer ver que se resuelven casos en una óptica estadística de incremento de números, pero debemos avanzar no sólo en la línea cuantitativa sino especialmente en la línea cualitativa que respete el derecho de los padres y de los hijos.

En el estado de Michoacán se cuenta con una trayectoria de claroscuros en el ejercicio de la búsqueda de la protección del *interés superior de los menores*, ya que se deberían contar con la garantía real de que en el momento que comienza el divorcio de los padres, dentro de la primera audiencia donde se decreta la custodia provisional, no se les separe de sus hermanos, sin que ellos mismos expresen su decisión de permanecer o no con ellos y a preservarlos de que alguno de los progenitores decida sustraerlos de su hogar sólo para perjudicar al otro cónyuge, por lo que es necesario una legislación que sancione estas decisiones arbitrarias y sin fundamento claro de los padres o de los jueces.

Finalmente, se debe subrayar que uno de los mayores problemas de la separación o divorcio vienen cuando no existe un acuerdo previo de los padres y es el juez quien debe decidir respecto de la custodia de los menores. Para ello, se debería trabajar más en procesos claros y más especializados que denoten con profesionalismo que es lo que más conviene a los menores y a los padres en cuestión, de manera objetiva. La claridad de los porqués para retener a un hijo al lado de alguno de los padres es muy relevante, por ello se deben generar procesos multidisciplinarios para este efecto que ofrezcan mayor estabilidad emocional en los menores.

Cuando un juzgado va a emitir una sentencia de guardia y custodia al menos debería tener en cuenta varios factores: no separar a los hermanos, las necesidades afectivas y emocionales de los mismos, la cercanía de otros miembros de la familia como los abuelos, tíos, primos, el contexto cultural y social, entre otros. Por ello se deberían dar formación frecuente (cursos y seminarios, teóricos y prácticos) para los servidores públicos que ejercen su servicio en materia del protección de los

derechos de los menores y la salvaguarda de su sano desarrollo integral, en el marco de un divorcio con miras a establecer un ambiente familiar óptimo, mediante la convivencia con sus hermanos.

ABREVIATURAS

AI	Amnistía Internacional (Amnesty International).
CADBN	Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (African Charter on the Rights and Welfare of the Child).
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CCM	Código Civil de Michoacán.
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño.
CFM	Código Familiar del Estado de Michoacán de Ocampo.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CRC	<i>Committee on the Rights of the Child</i> , Comité sobre los Derechos del Niño.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
DDN	Declaración de los Derechos del Niño.
DGDN	Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños.
DIF	Desarrollo Integral de la Familia.
DIP	Derecho Internacional Público.
LPDNNA	Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

- LPDNNAM** Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de Michoacán de Ocampo.
- ONG** Organizaciones no Gubernamentales.
- SCJN** Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SIDH** Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- UNICEF** *United Nations International Children's Emergency Fund*, en español Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia.

FUENTES DE CONSULTA

I. BIBLIOGRAFÍA

- BAQUEIRO ROJAS, Edward y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de familia*, 2ª. ed., México, OXFORD, 2013.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Editorial Heliasta S L R. 18º edición, 2008.
- CARBONEL, Miguel. *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa, UNAM, 2012.
- CARRASCO PERENA, Ángel y UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Madrid, España, Tecnos, 2013.
- CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *La familia en el Derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1990.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer curso parte general de personas, familia*. 21ª. ed., México, Porrúa, 2002.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, *Derecho de los niños*, México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura. UNAM, 2000.
- OLAVARETA, Marcela, *La familia. Estudio antropológico. Familia Hoy*, Madrid. UNED, 1976.
- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Nuestros Derechos. Derechos de los padres y de los Hijos*, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, México, UNAM, 2000.
- SAJÓN, Rafael, *Derecho de Menores*, 2ª. ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- SUÁREZ TERÁN, Adolfo, *El Estado en el cuidado de los menores*, Morelia, México, Grafidea, 1989.

II. LIBROS ELECTRÓNICOS

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

GONZÁLEZ REGUERA, Elizabeth, *Guarda y Custodia del Menor*, México, UNAM, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2287/12.pdf> p.187.

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

III. REVISTAS

RUIZ DE CHÁVEZ V., Enrique F., 2011, “*Del interés superior del menor*”, Revista El mundo del Abogado, febrero, <http://elmundodelabogado.com/del-interes-superior-del-menor/>.

IV. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2015, México.

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

Código Civil del Estado de Michoacán de Ocampo, febrero de 2012.

Código Familiar del Estado de Michoacán de Ocampo, agosto de 2014.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán de Ocampo, junio de 2015.

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

Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes, de la SCJN, México, 2014.

Ley General para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes, diciembre de 2014.

Ley para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Michoacán de Ocampo, junio de 2015.

V. JURISPRUDENCIA

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

Tesis 1ª. 1284, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Apéndice 1917, t. V, Civil Segunda Parte-TCC Segunda Sección-Familiar Subsección 1 -Sustantivo, septiembre 2011.

Tesis 1ª. CXXI/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, l. IX, junio de 2012.

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

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

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

Tesis 1ª. 162383. I.3o.C.927 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época., t. XXXIII, abril de 2011, p. 1300

VI. PONENCIAS

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

VII. CASO PRÁCTICO

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

VIII. ELECTRÓNICAS

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

Definición jurídica de niño/a, <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/menores/dh-inf-defin.html>

Derechos del niño, Humanium. Juntos por los derechos del niño, mayo de 2015, en <http://www.humanium.org/es/definicion/>.

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

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

Derechos del Niño, en <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino>.

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

HERNÁNDEZ ABARCA, Nuria Gabriela, *Los Derechos de la infancia*, Cámara de Diputados, México 2009, en <http://www.diputados.gob.mx/documentos/CEAMEG/3.%20derechos.pdf>.

La Convención sobre los derechos del Niño, en <http://www.humanium.org/es/convencion-definicion/>.

La Suprema Corte y UNICEF crean el primer buscador jurídico en material de derechos de la infancia y la adolescencia, en http://www.unicef.org/mexico/spanish/noticias_28531.htm.

Los derechos de los niños, en <http://www.presidencia.gob.mx/los-derechos-de-los-ninos/>.

MACHICADO, Jorge, *La familia*, en http://jorgemachicado.blogspot.mx/2009/02/la-familia_19.html.

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

Protección infantil contra la violencia, la explotación y el abuso, en http://www.unicef.org/spanish/protection/57929_57999.html.

ROSAS TORRES, Damián Enrique, *Protección jurídica de la familia: Algunas consideraciones*, en <http://www.ilustrados.com/tema/9840/Proteccion-Juridica-familia-Algunas-consideraciones.html>.

SAURI SUÁREZ, Gerardo, *Las contradicciones de la reforma del artículo 4º, Constitucional, frente a la Convención de los Derechos de la Niñez*, México, 2000, en <http://www.derechosinfancia.org.mx/Legislacion/legislacion6.htm>.

20 Años de la Convención sobre los Derechos del Niño: retos pendientes, en https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Informe_Infancia_Espana_2010_UNICEF.pdf.