



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
POSGRADO EN DERECHO**

**“SUJETOS DE DERECHO U OBJETOS DE PROTECCIÓN: LOS
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCEDIMIENTO
ESPECIAL DE DIVORCIO INCAUSADO DEL ESTADO DE
MÉXICO”**

**T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO
PRESENTA:**

VÍCTOR ULISSES IBÁÑEZ RUIZ

**TUTOR: DR. JOSÉ ALEJANDRO GONZÁLEZ REYNA
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN**

**SANTA CRUZ ACATLÁN, NAUCALPAN DE JUÁREZ,
ESTADO DE MÉXICO, MARZO, 2024**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Índice Analítico

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO UNO. EL GARANTISMO Y LOS DERECHOS DE LA INFANCIA	4
I. LA TEORÍA GARANTISTA	4
1. Garantías Sustanciales y Procesales	9
2. Legalidad y Equidad	14
3. Lógica deóntica.....	19
4. Los sujetos de derecho.....	23
II. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA EN EL DERECHO FAMILIAR.....	27
1. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la familia	34
2. El divorcio incausado explicado como una garantía secundaria	49
3. Las medidas provisionales respecto a los niños, niñas y adolescentes como forma de protección de derechos fundamentales.	53
III. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA GARANTISTA EN LOS PROCESOS FAMILIARES	58
CAPÍTULO DOS. SISTEMA JURÍDICO MEXICANO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	64
I. NORMAS CONSTITUCIONALES APLICABLES AL DERECHO FAMILIAR Y AL DERECHO DE LA INFANCIA	64
1. Los derechos humanos en general.....	64
2. Derecho familiar constitucional	71
3. Derechos procesales constitucionales aplicables al derecho familiar	75

II. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	80
III. DERECHOS PROCESALES CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES.....	88
IV. LAS CONTROVERSIAS FAMILIARES EN EL ESTADO DE MÉXICO	91
1. Los derechos de los niños en el Código Civil del Estado de México	93
2. Los derechos procesales de los niños en el divorcio incausado del Estado de México.....	97
3. La ley sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes del Estado de México	106
CAPÍTULO TRES. TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DIVORCIO INCAUSADO, EL CASO DEL DISTRITO JUDICIAL DE TLALNEPANTLA, ESTADO DE MÉXICO	109
I. ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE DIVERSAS RESOLUCIONES DE LA SUPERA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS DE LA INFANCIA	110
1.- Contradicción de tesis 496/2012.....	110
2.- Amparo directo en revisión 648/2014	116
3.- Contradicción de tesis 256/2014.....	123
II. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO PARA EL ANÁLISIS DE CONTENIDO Y ELECCIÓN DE CATEGORÍAS	129
III. PRESENTACIÓN DEL CUADRO DE RECOLECCIÓN DE DATOS A PARTIR DEL ANÁLISIS DE EXPEDIENTES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL.....	150

CAPÍTULO CUATRO. LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO <i>SUJETOS DE DERECHO CON AUTONOMIA PROGRESIVA</i> , HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL.....	163
CONCLUSIONES.....	173
PROPUESTAS.....	179
1. La aplicación de la figura de la autonomía progresiva como complemento del modelo paternalista de la patria potestad	179
2. La aplicación de la figura del concepto jurídico indeterminado en la protección del derecho fundamental niño al sano desarrollo integral	185
3. La justificación de la intervención estatal en la dinámica familiar con base en el interés superior del menor	189
4. La suplencia en la deficiencia de la queja como medio para superar el formalismo reduccionista de los juzgados.....	194
FUENTES DE LA INFORMACIÓN	198
Bibliografía	198
Hemerografía.....	201
Resoluciones Nacionales e Internacionales	203
Legislación	206

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer antes que nada a la Universidad Nacional Autónoma de México y al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, por el invaluable apoyo que brindaron para el desarrollo de esta investigación.

También quiero agradecer a mis padres Rosa Herlinda y Jaime Victor, así como a mi hermana Katherin Violeta, quienes en todo momento soportaron mis momentos más intolerables durante el proceso de redacción; sin ustedes jamás lo hubiera logrado.

Agradezco profundamente a mi tutor el Mtro. Alejandro González Reyna y a mis maestros de metodología de la investigación jurídica Mtro. Roberto Ruiz y Ruiz y Mtra. María de los Ángeles Hernández; quienes fueron pilares fundamentales en la redacción y elaboración del presente trabajo, pues me apoyaron tanto para obtener una estancia de investigación, como a sacarle el máximo provecho.

Quiero hacer un agradecimiento especial al Dr. Manuel Atienza Rodríguez quien acepto mi solicitud para realizar una estancia de investigación en la Universidad de Alicante, así como a todos los miembros del departamento de Filosofía del Derecho (Macario, Victoria, Isabel, Jesús, Josep, Lucas así como Danny y los demás doctorantes); quienes me hicieron favor de “destrozar mi tema de investigación” en un seminario al que han acudido grandes juristas contemporáneos; gracias a ustedes mi perspectiva jurídica cambio y eso no tengo como pagarlo.

Agradezco a mis compañeros y amigos de generación en la Maestría en Derecho: Reich gracias a ti iniciamos juntos y terminamos juntos, Marisol, Naty y Cesar gracias por los debates en todos temas posibles, Raúl gracias por contradecir todo lo que digo, Erick y Karen siempre admire su dedicación.

Finalmente quiero agradecer a todos mis amigos y al resto de mi familia, quienes siempre confiaron en mí y me apoyaron incluso en la distancia; la presentación de este trabajo de investigación es lo mínimo que puedo hacer para no defraudarlos.

“El Derecho es un factor de emancipación humana, pero también de opresión: las mayores injusticias que se cometen en el mundo no son el resultado de actos jurídicamente ilícitos y no lo son, en buena medida, por la falta de desarrollo jurídico de la sociedad global.”

Manuel Atienza Rodríguez en
Curso de Argumentación Jurídica

INTRODUCCIÓN

Cuando una persona mayor de edad acude ante un órgano jurisdiccional, lo hace bajo la firme convicción de que, de alguna manera obtendrá justicia. Si la justicia que obtiene es o no de su agrado será un tema aparte, pero lo cierto es que en determinado sentido se han protegido los derechos de las partes en el procedimiento jurisdiccional.

Pero ¿qué pasa cuando una persona menor de edad se encuentra frente a un órgano jurisdiccional?, ¿el niño o adolescente se considera protegido en este ámbito desconocido?

Los juzgados familiares en muchos casos son la primera aproximación de las personas a un tribunal, y como tal constituyen el primer (y a veces único) acercamiento a los órganos jurisdiccionales. En este sentido, por ejemplo en los casos de divorcio de los padres se constituye como el primer acercamiento de las personas menores de edad a los tribunales.

Aquí cabría preguntarse si los niños y adolescentes se sienten protegidos o se sienten ignorados por la autoridad y por sus padres; en general preguntarse si son tratados como sujetos de pleno derecho o como objetos preciosos que necesitan ser preservados en cajas fuertes al margen de los conflictos.

El problema que se ha detectado en los tribunales locales del Estado de México, es que en el procedimiento especial de divorcio incausado no se está reconociendo la figura de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes; porque no se garantiza su debida intervención en ellos, y son tratados como objetos jurídicamente tutelados que deben ser protegidos, mas no así como sujetos de derecho que deben ser consultados e informados de las decisiones que se tomen entorno a su desarrollo integral.

Actualmente en México, pocas personas se atreverían a asegurar que los niños y adolescentes no son sujetos de derecho, pero esta problemática no es una cuestión de reconocimiento, sino de aplicación efectiva de este reconocimiento.

El objetivo del trabajo de investigación es el de analizar el tratamiento jurídico en el distrito judicial de Tlalnepantla, Estado de México, respecto de los niños y adolescentes en el procedimiento especial de divorcio incausado, mediante su confrontación con la doctrina jurídica en el marco del garantismo y la jurisprudencia aplicable; ello con la finalidad de proponer diversos criterios que permitan un cambio ideológico en el que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como *sujetos de derecho con autonomía progresiva* y derecho a participar en los procedimientos que afecten su esfera jurídica.

Para lograr lo anterior el trabajo de investigación se divide en cuatro secciones o capítulos, el primero de ellos tratara los temas referentes a la corriente del derecho que se plantea aplicar siendo el positivismo crítico de Luigi Ferrajoli el cual constituye el marco doctrinario de estudio, así mismo se plantea el marco conceptual en cual se presentan conceptos básicos para el entendimiento del objeto de investigación como lo son proceso, procedimiento, litigio, divorcio, interés superior de la infancia, autonomía progresiva, patria potestad, entre otros; para que al final de este capítulo se haga una conexión entre el derecho de los niños y la teoría garantista.

En el segundo capítulo se procederá a efectuar un estudio de la legislación aplicable realizado de manera jerárquica, desde las normas constitucionales, los tratados internacionales, pasando por los códigos tanto sustantivo como adjetivo, hasta las leyes especiales en el Estado de México que regulen los derechos de los niños, niñas y adolescentes; todo ello a efecto de establecer si el ordenamiento jurídico cuenta con validez sustancial y formal en los que respecta a los derechos de la infancia.

Durante la presentación del tercer capítulo se abordará la problemática del tema de investigación, que parte de la idea de que los juzgadores familiares al realizar las determinaciones judiciales respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes los tratan como *objetos de protección* y no como *sujetos de derecho*; lo anterior se logrará analizando en primer lugar algunas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de derechos infantiles y después

se realizará un análisis de contenido de diversos expedientes de procedimiento especial de divorcio incausado entre los años 2016 al 2018 en su versión pública, provenientes del distrito judicial de Tlalnepantla estado de México.

Finalmente en el cuarto capítulo se plantea una contrastación de los tres capítulos anteriores (la teoría del primer capítulo, las leyes positivas aplicables del segundo y la presentación del problema del tercero) para determinar si se corrobora o no la hipótesis planteada, así como la presentación de las conclusiones y propuestas obtenidas de este análisis conjunto.

La finalidad del presente texto de investigación es la presentación de criterios rectores que permitan la adecuada aplicación de parámetros normativos y justificativos que permitan a los niños, niñas y adolescentes participar (cuando ello sea necesario) en la determinación los derechos que afecten a su persona durante el procedimiento de divorcio incausado. El tema se define debido a una inapropiada justificación e interpretación lógica por parte de los juzgadores familiares de la norma procesal, que atienden mayormente a los formalismos legales que a la solución del conflicto por el bien de las personas menores de edad.

No obstante lo anterior, parece necesario precisar desde este momento que el trabajo de investigación a pesar de hablar sobre autonomía progresiva y derecho de los menores a participar en los procedimientos que afecten a su esfera jurídica, no comulga con la idea de que el menor de edad debe en todo procedimiento jurisdiccional participar y dar su opinión; parece claro pero es necesario establecer que, ello dependerá de su grado de madurez e incluso del tema tratado.

Lo relevante aquí es entonces establecer los parámetros en que está justificado o no esa intervención y, en su caso, también analizar si se realiza o no en la práctica cotidiana de los tribunales este ejercicio justificativo, para que a partir de ahí (de casos concretos) se establezcan soluciones genéricas (supuestos normativos).

CAPÍTULO UNO

EL GARANTISMO Y LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

El presente capítulo se divide en tres partes con el objeto de facilitar metodológicamente la comprensión del objeto de estudio y la visión doctrinaria por medio de la cual se realizará la investigación planteada. En el primer subtema se tratará y explicará la *teoría garantista* de Luigi Ferrajoli, desde un enfoque de la teoría general del derecho para comprender y explicar su trascendencia en la doctrina jurídica contemporánea.

En el segundo subtema se tratará propiamente los conceptos fundamentales del objeto de investigación y la rama del derecho a la cual pertenece, esto es, de los derechos de los infantes como parte integrante del derecho familiar. Por lo cual se otorgará un concepto niño y niña, los derechos de la infancia, el sano desarrollo infantil, también se tratarán algunos los términos de procesales como proceso, procedimiento, medidas provisionales, divorcio incausado, así como una breve explicación de su naturaleza jurídica.

En el último subtema del capítulo primero, se confrontará el *garantismo* de Ferrajoli con el derecho familiar en general y los derechos de los infantes en particular, con la finalidad de sentar las bases doctrinarias y metodológicas por medio de las cuales se construirá el cuerpo epistemológico de la presente investigación, es decir, se explicará cómo se relacionan los principios de la teoría garantista a los proceso familiares desde una visión teórica.

I. LA TEORÍA GARANTISTA

El pensamiento jurídico y filosófico de Luigi Ferrajoli se encuadra dentro de la corriente que él mismo ha denominado crítico, y por medio de sus principales postulados integra una concepción general para el estudio del derecho a la cual denominó *teoría garantista*.

De esta manera el denominado garantismo es una ideología jurídica, es decir, “una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho.”¹

El *garantismo* pretende dar una teoría general de derecho a partir del paradigma constitucional, y para entender cómo se forja al sistema jurídico desde la perspectiva de esta teoría, se debe exponer primero a que se refiere cuando habla de *Estado Constitucional de Derecho*, porque de él derivan todas las demás instituciones y explicaciones a se hace alusión en el pensamiento jurídicos de Ferrajoli; el cual define como:

Un sistema que recoge el paradigma clásico del estado liberal, extendiéndolo en dos dimensiones: a un lado, a todos los poderes, no solo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo y no solo a los poderes públicos sino también a los poderes privados; y de otro lado a todos los derechos, no solo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones y prohibiciones, para la esfera pública².

Esta corriente ideológica deja de considerar que es suficiente un simple *estado de derecho*, entendido como el sometimiento de la actuación de las autoridades al mandato de la ley (principio de legalidad) mediante obligaciones de *no hacer* o respetar.

Esto es así, porque el *garantismo* entiende que, es insuficiente para la tutela de los derechos fundamentales, y amplía la aplicación de la norma fundamental a la actuación de los poderes privados (llamados factores reales del poder), y a todos los derechos y libertades, ya no solo los públicos sino también los privados y los sociales.

Este es el motivo por el cual el pensamiento de Ferrajoli rompe con el positivismo clásico, y considera que el derecho contemporáneo no se compone

¹ Carbonell, Miguel, en Prologo de Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal*, 1ª ed., México, Serie Estudios Jurídicos 34, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 4.

² Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal*, 1ª Ed., México, Serie Estudios Jurídicos 34, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 18.

únicamente de formas de producción a través de normas de procedimientos sobre la creación de las leyes y demás disposiciones; sino que también se compone de los *contenidos sustanciales*, es decir, de las reglas que las vincula normativamente a los principios y valores inscritos en la constitución, ello mediante garantías que la ciencia jurídica tiene la obligación de elaborar.

Ferrajoli explica que “el sistema de producción de normas no se compone solamente de norma formales sobre la producción de leyes, sino que incluye también normas sustanciales como el principio de igualdad y los derechos fundamentales”³, los cuales deben ser respetados por el legislador a momento de crear leyes y reglamentos, con ello explica que la vigencia de la norma jurídica no es condición necesaria para su validez.

Como consecuencia de lo anterior la existencia de normas invalidas puede ser explicada con base en dos criterios:

En primer lugar, por su vigencia o existencia, referente a la *forma* de los actos normativos, es decir, a la correspondencia con las normas formales para su formación (visión positivista clásica).

Y en segundo lugar con respecto a la validez o la constitucionalidad que tiene que ver con su significado o contenido y depende de la coherencia con las normas sustanciales de producción (visión de la filosofía política).

Por ello se deduce que “el modelo garantista no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a estas dos dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial”⁴.

Es esta dicotomía entre vigencia y validez, la que permite la aplicación del sistema garantista a todas las ramas del derecho, aunque claramente en la bibliografía garantista se haga más referencia a la materia penal y constitucional,

³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 20-21.

⁴Cfr. Ferrajoli, *Derechos y Garantías... Óp. Cit. Ídem*.

pues son las áreas de oportunidad donde el garantismo puede expresar toda su intensidad.

Esta *legitimación sustancial* de las leyes ordinarias genera vínculos sustanciales con la norma constitucional, que se encuentra contenida en los derechos fundamentales, por lo tanto, la legitimación sustancial equivale “a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado Constitucional de Derecho”⁵.

El garantismo parte del supuesto de que el Estado requiere límites en su actuación, y la teoría general de Estado ha demostrado que la simple sujeción de los órganos de autoridad a la ley no ha sido suficiente para proteger adecuadamente los derechos de los gobernados.

Esto se explica por qué, en el Estado Liberal la ley puede ser percibida como axiomáticamente injusta, pero independientemente de su contenido axiológico debe ser aplicable porque es la ley y fue creada por medio de las reglas formales establecidas para su existencia.

Bajo esta discrepancia (entre validez-justicia), la *teoría garantista* propone la sujeción de la ley a los principios constitucionales, principios de sustancia y no de forma, que limitan lo que la ley misma debe regular y en qué sentido debe de hacerlo.

Es por este motivo que los derechos fundamentales, dado que están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo *indecible que*, y lo *indecible que no*; y actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones⁶.

⁵ *Ibíd*em, p. 22.

⁶ *Cfr.* *Ibíd*em, pp. 23 y 24.

Esto implica que funcionan como límites al poder público y privado respecto a los derechos que pueden ser discutibles o modificables y cuales no pueden serlo, pues trastocarían principios constitucionales que inmediatamente volverían al derecho invalido sustancialmente, y por lo tanto inaplicable para el juez.

Es por lo anterior, que se tiene que entrar al estudio de lo que se considera *derechos fundamentales*, y Ferrajoli los define como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos, o personas con capacidad de obrar”⁷.

Y continúa explicando que se entiende como *derechos subjetivos* a cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por *estatus* a la condición de sujeto prevista por la norma jurídica positiva, como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas que le son reconocidos por igual a todos los sujetos con el mismo *estatus*.

Al propósito del presente tema de investigación cabe hacer notar, que los niños, niñas y adolescentes conforme al sistema jurídico mexicano son sujetos de derecho, en tanto que su *estatus* los considera idóneos para ser titulares de situaciones jurídicas, que le son reconocidos por igual ante otros sujetos con el mismo *estatus*, entre ellos los adultos.

Continuando con la explicación de Ferrajoli, se entiende por derechos fundamentales a todos aquellos supuestos jurídicos en los cuales se otorga al sujeto virtualmente reconocido por el ordenamiento jurídico, una prestación o garantiza no sufrir un detrimento en su persona; y que al mismo tiempo reconoce a los derechos fundamentales como vínculos sustanciales o de contenido, que limitan o someten el ejercicio del poder (propiamente son límites al poder).

⁷ *Ibíd*em, pp. 37.

Es aquí justamente en donde entra la labor del juzgador como integrante del poder público, pues también se encuentra sometido a estos vínculos sustanciales llamados derechos fundamentales, porque “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la constitución”⁸.

Bajo este orden de ideas, la interpretación de la norma jurídica por la simple subsunción deja de ser idónea para la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses, porque el juez debe hacer valoraciones de la ley respecto a la constitucionalidad sustancial de la norma, y no solo respecto a su formalidad.

Así pues, la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, y corresponde al juez junto la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales y los derechos fundamentales establecidos por las mismas⁹, sin abandonar nunca el texto constitucional.

Con todo lo expuesto se deduce que la teoría garantista parte de la idea de que, en el ejercicio del poder, siempre existe abusos y que por lo tanto es necesario establecer los mecanismos y las técnicas que impongan límites y vínculos al ejercicio del poder para poder tutelar los derechos fundamentales. A la unidad de este sistema de mecanismos y técnicas es precisamente a lo que Ferrajoli define como: Garantías.

1. *Garantías Sustanciales y Procesales*

Para Ferrajoli una garantía es cualquier técnica o mecanismo normativo que protege a los derechos fundamentales, en este sentido expresa que “las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la

⁸ *Ibíd*em, p. 26.

⁹ Cfr. *Ídem*.

democracia”¹⁰; porque son los medios a través de los cuales el contenido sustancial de los derechos fundamentales permean al sistema jurídico.

Tomando en consideración que la rama del derecho que se pretende explicar en el presente trabajo de investigación es la materia familiar y los derechos de la infancia, no es necesario hacer un análisis exhaustivo de la teoría garantista en el paradigma del derecho constitucional.

Esto se entiende salvado, al haber explicado en el apartado anterior la legalidad sustancial del ordenamiento jurídico apegada al contenido de la constitución, y que es para los presentes fines más que suficiente. Por ello se concentrará en el estudio en las garantías primarias y secundarias:

Las garantías primarias que corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o de prohibir señaladas por los derechos subjetivos garantizados; y secundarias o jurisdiccionales que son obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar los actos ilícitos o declarar la nulidad de los actos no validos que violen garantías primarias¹¹.

En ese sentido, es pertinente hacer una aclaración, a partir de este momento se utilizará en el trabajo de investigación el término *garantía primaria* o *garantía sustancial* en el entendido de que refiere a la materia del derecho familiar, esto es, a la sustancia del objeto de estudio.

Ello para facilitar la comprensión en el lector, porque Ferrajoli ha desarrollado ampliamente su teoría en el ámbito penal y sin embargo el presente trabajo pretende aplicar su doctrina al derecho familiar en general y a los derechos infantiles en particular; de esta manera la *garantía primaria* o *garantía sustancial* será entendida como aplicada a la rama familiar del derecho, aunque el autor italiano se refiera al derecho penal, y en caso de ser necesario se hará la correspondiente aclaración.

¹⁰ Ferrajoli, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2ª ed., Madrid-México, Fontamara, 2013, p. 90.

¹¹ Ferrajoli, *Garantismo Penal*, cit., p.5.

Siguiendo con el estudio correspondiente las *garantías sustanciales*, estas son reconocidas como límites en el ejercicio de poder que, se imponen a través del principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad.

Por lo que respecta al proceso, se corresponden con las garantías procesales y orgánicas las denominadas: contradictoriedad, paridad entre la acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura, y el principio del juez natural¹².

Mientras que las garantías primarias o sustanciales colman la sustancia de los derechos fundamentales (es decir constituyen su esencia misma), las garantías secundarias o procesales por otro lado, son de existencia condicional pues operan eventualmente ante la inaplicación o inobservancia de las garantías primarias por actos ilícitos o actos inválidos.

Es menester hacer la precisión de que, es aplicable a todas las ramas del derecho el principio de estricta legalidad, así como el de contradicción, paridad entre la acusación y defensa e independencia interna y externa del juez; porque de ellos derivan la conformación de un *Estado Constitucional de Derecho*.

Por ejemplo, el principio de paridad entre la acusación y la defensa encuentra cabida en el ámbito familiar, pues ambas partes en el proceso deben tener las mismas oportunidades para manifestar hechos, aportar pruebas y de que las pruebas aportadas sean valoradas por un estándar idéntico; si bien es cierto que no hay parte acusadora y víctima en el proceso familiar, se debe recordar que en todo proceso judicial existen dos partes con intereses antagónicos.

Lo mismo aplica con los principios de contradicción (pues ambas partes del proceso deben tener la oportunidad de debatir las manifestaciones vertidas por su

¹² Cfr. Ibídem, p. 11.

contrario) o con el principio de independencia interna del juez, pues son indispensables para la composición (resolución) de la controversia.

Así pues, mientras las garantías sustanciales tienen la finalidad de reducir al máximo las facultades de lo que el poder legislativo puede legislar respecto a la materia familiar por ser de orden público y de interés social (pensemos en el interés superior de la infancia como límite al poder estatal y a la voluntad de las partes); las garantías procesales se orientan a minimizar la facultad de discrecionalidad del juez en la resolución de conflictos.

En este sentido si en materia penal Ferrajoli señala que, “el garantismo elabora los modelos normativos del derecho penal, como la ley del más débil, es decir, como sistemas de garantías para la tutela de los derechos de todos: de los que sufren los delitos y de los que sufren los procesos y las penas”¹³;

Se va a entender que en materia de derecho familiar el garantismo elabora sistemas de garantías para tutelar los derechos de todos los miembros de la familia, y cabría agregar con base al interés superior de la infancia, porque dentro de los procesos judiciales en materia familiar ellos son quienes sufren las consecuencias de la ruptura familiar.

La obligación de los juristas en materia familiar entonces es la aplicación de la ley del más débil, como un sistema de garantías para la tutela de los niños, niñas y adolescentes que sufren los procesos nacidos a partir de las controversias del orden familiar.

Cabe señalar de manera somera, que en esta conformación de un sistema de garantías de derechos fundamentales que imponen límites al ejercicio del poder, sobre todo en ordenamientos jurídicos complejos compuesto de varios niveles y subniveles de normas (como es el caso de México), es común que se encuentren violaciones a la responsabilidad del legislador respecto a los derechos que debe legislar *derechos de* y respecto a contenido de los derechos mismos *derecho a*.

¹³ *Ibidem*, p. 17.

Ello es debido a las constantes reformas y al dinamismo de la sociedad misma, la cual impide que el derecho evolucione a la par, lo que produce contradicciones y omisiones dentro del mismo sistema jurídico. Así nos explica Ferrajoli que:

Mientras la violación de las prohibiciones públicas establecidas en garantía de los <<derechos de >> da lugar a antinomias, es decir a normas vigentes pero invalidas, la violación de las obligaciones publicas establecidas en garantías de los <<derechos a>> produce lagunas, es decir, carencia de normas: si una antinomia puede ser resuelta con la anulación o reforma de una norma invalida, una laguna solo puede ser colmada con una actividad normativa no siempre coercible o subrogable¹⁴.

Así podemos definir a las *antinomias* como las inconsistencias o violaciones que son: 1) Generadas por normas que resulten invalidas, o 2) Generadas por las acciones cometidas por los poderes públicos; contrarían prohibiciones impuestas por normas superiores a la *esfera de lo decidible*.

Y por otro lado podemos llamar *lagunas* a la falta de plenitud del ordenamiento jurídico debida a: 1) La omisión de normas o, 2) La omisión de decisiones; en contraste con obligaciones impuestas a la misma esfera, esto es la ausencia de garantías que los poderes públicos tienen la obligación de colmar¹⁵.

Para Ferrajoli, “las lagunas generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas constitucionalmente impuestas al legislador, indica generalmente, no solo una falta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía”¹⁶.

Las lagunas y las antinomias – de acuerdo con el planteamiento de Ferrajoli- pueden ser utilizadas para *medir el grado de democracia del Estado*, pues un correcto sistema de garantías primarias y secundarias permitiría la minimización de

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 1ª ed., México, Trotta, 1989, p. 863 y 864.

¹⁵ Cfr. Ferrajoli, *Derechos y Garantías...* cit., pp. 24 y 63.

¹⁶ *Ibidem*, p. 29.

violaciones a los derechos fundamentales (nunca la eliminación pues los sistemas jurídicos son complejos e imperfectos).

En este orden de ideas la democracia, no es solo entendida desde su aspecto formal o procedimental, que se refiere a la forma de elegir representantes por medio del voto; sino también desde su aspecto sustancial, que refiere precisamente a la protección de los derechos fundamentales de todos los sujetos de derecho, no solo adultos sino también los niños.

Por medio de la relación que existe entre la democracia y los derechos fundamentales, podemos comprobar el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional; ello con la verificación del grado de eficacia de las garantías de los derechos fundamentales, y ante la disminución significativa de antinomias y lagunas.

Motivo por el cual es tarea de la ciencia jurídica el estudio crítico respecto estas omisiones de garantías y violaciones a derechos fundamentales, con la finalidad de proponer las técnicas y los mecanismos idóneos para superarlas o en el mejor de los casos reducirlas.

La existencia de las lagunas y antinomias son inevitables dentro de un sistema jurídico, pero también son un área de oportunidad que le permite perfeccionarse o evolucionar a la par de la sociedad, pues un sistema jurídico sin antinomia y lagunas será un sistema estático, cercano al dictatorial el cual no permitiría su modificación, por lo que tanto las lagunas como las antinomias son consideradas un mal necesario el cual requiere ser en la medida de lo posible, minimizado.

2. Legalidad y Equidad

Ya se explicó que el *Estado constitucional de derecho* expande el sentido del principio de legalidad, para incluir una limitación llamada *derechos fundamentales* a todos los poderes (tanto públicos como privados), y que expande la obligación de la autoridad no solo *de respetar* los derechos sino también promoverlos y garantizarlos.

En este sentido, el jurista debe ser consciente de que la ley vigente y válida (en cuanto a forma y a sustancia), no puede contener todos los supuestos jurídicos que la realidad puede ofrecer, un código no puede enumerar todos los hechos que el ser humano es capaz de realizar y por lo tanto asignarles una consecuencia jurídica.

Es justo en estos casos, en los que la actividad humana sobrepasa a las hipótesis normativas contenidas en las leyes, donde la función discrecional de los juzgadores aparece bajo el nombre de *equidad de juicio* a la cual Ferrajoli denomina *poder de connotación*.

Sin embargo, expone que hoy en día existe una contraposición de la equidad con la legalidad como modelo de juicio complementario, supletorio, o alternativo, que se confunde a veces con la contraposición entre formalismo y antiformalismo, o peor aún entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo¹⁷.

Ferrajoli explica que esta confrontación es errónea porque el juicio de equidad no es un acto subsidiario del juicio de legalidad sino más bien *correlativamente necesario*. Para entenderlo mejor explica:

Si aplicamos esta distinción al lenguaje jurídico, podemos decir que la legalidad (o conformidad con la ley) de una aserción judicial consiste en la denotación de un hecho mediante un predicado connotado por la ley como delito y en su consiguiente verdad procesal; mientras que su equidad o (conformidad con el caso concreto) consiste en la connotación del mismo hecho denotado por la ley como delito y en su consiguiente contenido informativo particular¹⁸.

Debemos precisar, que la denotación es el significado de una palabra que está aislado de su contexto, es un significado objetivo tal y como es definido; mientras que la connotación, son todos los significados alternativos que una palabra puede

¹⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón...* cit., p. 157.

¹⁸ *Ibidem*, p. 158.

adquirir dentro de un enunciado según el contexto utilizado, es un significado subjetivo.

La denotación legal, sería pues la aplicación de la norma sin más reparo que en su validez formal (aplicar la ley porque es la ley), mientras que la connotación permitiría necesariamente la aplicación de la norma al caso concreto bajo en contexto de las circunstancias especiales del caso (e inaplicando la ley en caso de invalidez sustancial).

En este sentido y sin hacer alusión a la materia penal sino más bien a la teoría general de proceso, el juicio de legalidad corresponde a la verificación de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado hecho individual entra en un determinado supuesto jurídico denotado por la ley (subsunción).

Por su parte, el juicio de equidad consiste en cambio en la comprensión de las características accidentales y particulares del caso individual verificado y no connotado por la ley. Estas características accidentales son a las que llamaremos circunstancias especiales del caso concreto.

Sin embargo, se debe destacar que el juicio de equidad “comporta un poder de connotación que se expresa en elecciones y valoraciones ampliamente discrecionales”¹⁹.

Pero no es ilegítimo este poder sino más bien ineludible, la discrecionalidad equitativa entendida como la actualización de la conducta a la hipótesis normativa no juzga un hecho en general, sino a un hecho específico singular e irrepetible y por lo tanto debe entenderse en su especificidad.

Por lo tanto, Ferrajoli concluye que: “La legalidad y la equidad constituyen dos aspectos distintos del conocimiento judicial ligados a dos dimensiones distintas, pero lógicamente indisociables, del lenguaje jurídico y del significado de los signos

¹⁹ *Ibidem*, p. 161.

empleados. De modo que ni la legalidad es posible sin equidad ni la equidad es posible fuera de la legalidad”²⁰.

En atención a ello, las facultades discrecionales de los juzgadores al momento de dictar resoluciones, debe conjuntar una valoración o juicio de legalidad, en cuanto a la adecuación de la conducta al supuesto normativo.

Pero también debe haber una valoración o juicio de equidad por lo que hace a la especificidad del hecho concreto que se está valorando porque las circunstancias especiales del caso la hacen diversa a cualquier otro caso sometido a juicio del juez y regulado por la ley.

Esta explicación se vuelve trascendental en la materia familiar, porque en las controversias el juzgador debe realizar tanto un juicio de legalidad, dado que las conductas de los miembros de las familias se encuadran dentro de las expectativas normativas que rigen las relaciones entre familiares; como un juicio de equidad en el cual se deben tomar en consideración todas las circunstancias especiales del caso, en cuanto a que es un caso único e irrepetible que no puede ser enfrascado en la sola descripción rígida de la norma jurídica.

Además, el juicio de equidad y el juicio de legalidad cuando se involucran derechos de niños, niñas y adolescentes, no se debe ejecutar entre dos partes del proceso, sino más bien entre tres partes: quien pretende, quien se resiste, y los niños, niñas y adolescentes que están en medio del conflicto.

Para poder aplicar un juicio de equidad conforme a la prescripción de la ley y las circunstancias especiales del caso, se debe garantizar la igualdad entre las partes en litigio. Así lo expresa Ferrajoli:

Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar que la defensa este dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo

²⁰ *Ibidem*, p. 162.

lugar que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento...²¹

Así las cosas, se debe por lo tanto en los procesos y procedimientos judiciales del derecho familiar, observar este principio al cual en el presente trabajo se le denominará *principio de equidad procesal*; mismo que será necesario garantizar en todo momento (incluido al momento de decretar medidas provisionales respecto a los infantes) para conceder al demandado (o cónyuge citado en el divorcio incausado en el proceso) las mismas facultades comprobatorias que la parte actora (o cónyuge solicitante).

Pero incluso también la equidad procesal debería ser también otorgada a los niños, niñas y adolescentes dentro de los procedimientos en que se involucren sus derechos aunque siempre de acuerdo a su grado de madurez y a su situación particular (pues de lo contrario se causaría un perjuicio en lugar de un beneficio); pues es a ellos a quienes repercutirá el resto de su vida las determinaciones del procedimiento jurisdiccional.

La reflexión que cabe hacer aquí, respecto al derecho de contradicción es la siguiente: ¿Se debe permitir a los niños, niñas y adolescentes ese derecho de contradicción en los procedimientos familiares?

Antes de contestar esta pregunta recordemos que por la naturaleza misma de los procedimientos familiares, son menos formales y por lo tanto más flexibles que los procedimientos civiles; por lo tanto no podemos tajantemente reducir la importancia de la participación activa de los infantes en estos procedimientos.

Los derechos de la niñez se encuentran en un plano de igualdad con respecto a los derechos de las personas mayores de edad, esta igualdad debe verse reflejada en la equidad procesal; es decir en su participación activa en la protección de sus intereses, sea por medio de ellos mismos cuando su madurez así lo permita o por medio de los actores procesales correspondientes.

²¹ *Ibidem.* p. 614.

Vista la situación descrita, el tema no puede reducirse a que se permita o no el derecho de contradicción de los niños en los procedimientos familiares (por que el derecho de contradicción siempre debe existir), sino que se verifique realmente que esta contradicción la realice una persona que busque la protección del interés superior del niño.

En líneas anteriores se afirmó que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho en tanto que gozan del mismo *estatus* que el resto de las personas, pero la inexperiencia propia de su edad puede llevarlos a cometer errores.

Esto se tratara a fondo más adelante, pero concluiremos el presente apartado afirmando que dentro de las controversias del derecho familiar, independientemente de las características especiales que debe contener toda medida provisional como lo son: que sea decretada de oficio, sin audiencia de la contraparte y de manera sumaria; ello no quiere decir que no deba permitirse a los niños y adolescentes la oportunidad en igualdad de circunstancias de alegar, de defenderse y de probar lo que a su derecho convenga, simplemente quiere decir que deberá justificarse en cada caso concreto su intervención o no y la forma de realizarla.

3. Lógica deóntica

En última estancia, no se puede entender el pensamiento garantista de Luigi Ferrajoli sino se entra al estudio del pensamiento deóntico, para clarificar por que establece una interpretación formal del derecho en su teoría.

“Si nos adentramos en el contenido de la ley, en donde se permite, prohíbe, u obliga ciertos comportamientos, los cuales independientemente de si vigencia o efectividad, ya están escritos²²” estamos hablando de la *lógica deóntica*.

Por ejemplo, la ley que determina la guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes a favor de la madre, no podemos calificarla desde la lógica deóntica,

²² Burgoa Toledo, Carlos A., *Análisis e Interpretación de las disposiciones fiscales*, 1ª ed., México, Thomson Reuters, 2017, p. 207.

como efectiva o vigente, sino como justa o injusta porque se refiere a permisos, obligaciones o prohibiciones. En otras palabras y conforme al pensamiento de Ferrajoli la lógica deóntica se encuentra íntimamente ligada a la legalidad sustancial de la norma, esto es a la justicia.

En este sentido, la lógica deóntica es la modalidad que como herramienta corresponde utilizar para interpretar una ley²³. Por ello para el análisis que se realizará en el tercer capítulo será utilizada la lógica deóntica para realizar la interpretación normativa.

Así como dentro de la lógica formal existen los principios lógicos de identidad, de contradicción y de tercero excluido; estos son aplicables a la logia deóntica por la relación que existe en tres modalidades nombradas: permiso, obligación y prohibición.

Las modalidades deónticas (permiso, obligación y prohibición) como se ha mostrado guarda una relación lógica, pues si se tiene la obligación de una conducta, evidentemente se tiene el *permiso* a hacer esa conducta, al igual que si se tiene la prohibición de una conducta, se tiene el permiso a no llevarla a cabo, lo que demuestra que dichos operadores son equivalentes entre sí²⁴

Ejemplificando, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo en los cuales se ventilen sus derechos, en este sentido como *sujetos de derecho* tiene *permiso* a que sea recabada su opinión en todo procedimiento (ello independiente de la valoración que se le dé a su opinión como se estudiara más adelante), por lo tanto está *prohibido* que no sea recabada la opinión de los menores en los procedimientos, y la autoridad tiene la *obligación* recabar esta opinión (no así de acatarla).

Lo anterior se basa en el principio de identidad pues no se podría suponer (lógicamente hablando) que la norma jurídica exigiera recabar la opinión del infante

²³ Óp. cit. Burgoa Toledo, p. 210

²⁴Ibídem, p. 212

en todo procedimiento y que al mismo tiempo lo prohibiera; porque conforme a principio de no contradicción algo no puede ser y no ser al mismo tiempo, no puedo tener permiso a X y prohibición a X al mismo tiempo.

“Los permisos denotan derechos, de modo que su realización o abstención es optativa para su titular, mientras que no sucede lo mismo con las obligaciones y con las prohibiciones, pues ellas se deben cumplir y observar respectivamente, de lo contrario sobreviene una sanción”²⁵.

De esta manera se puede establecer que las modalidades deónticas son en términos prácticos las garantías primarias que expresan lo que al particular y al Estado se le otorga (permisiones) o se les pide (obligaciones y prohibiciones)²⁶, mientras que las garantías secundarias serán aquellos mecanismos para asegurar su cumplimiento o para anular y sancionar su restricción.

De esta manera los doctrinarios han establecido que “la norma tiene tres elementos:

- a) El supuesto factico (condiciones de aplicación);
- b) La modalidad deóntica (obligación, prohibición o permiso);
- c) La consecuencia jurídica (contenido mismo de la norma)”²⁷.

Es importante hacer mención que cuando las modalidades deónticas deben ser interpretadas, esta puede interpretarse de manera amplia o estricta dependiendo de si se otorgan a un particular/gobernado o si se otorgan a un órgano del estado/gobierno.

En términos generales la modalidad deóntica de permiso que puede consistir en una acción o una omisión, cuando es otorgada a un particular/gobernado debe ser interpretada de manera amplia procurando una máxima protección, en cuanto a las modalidades deónticas de obligación y prohibición deben ser interpretadas de

²⁵ *Ibíd*em, p. 214

²⁶ *Cfr.* *Ibíd*em, p. 216

²⁷ *Ibíd*em, p. 218.

manera estricta por ser un límite a la libertad (ver tabla 1. Interpretación de la norma conforme a la lógica deóntica).

En cuanto a las modalidades deónticas que son otorgadas a un órgano del estado/gobierno siempre serán interpretadas de manera estricta conforme al principio que establece “lo no expresamente permitido por ley ha de reputarse prohibido”, lo que constituye el principio de legalidad (ver tabla 1. Interpretación de la norma conforme a la lógica deóntica). Así podemos establecer las siguientes pautas de interpretación de la norma jurídica a partir de la modalidad deóntica y del sujeto a que se encuentra dirigida²⁸.

Tabla 1 Interpretación de la norma conforme a la lógica deóntica.

Sujeto	Modalidad deóntica	Se pide del sujeto una	Se interpreta de forma
Particular/ Gobernado	Permiso	Acción u omisión	Amplia
	Obligación	Acción	Estricta
	Prohibición	Omisión	Estricta
Órgano del Estado/Gobierno	Permiso	Acción u omisión	Estricta
	Obligación	Acción	Estricta
	Prohibición	Omisión	Estricta

Elaborado a partir de las tablas de Burgoa Toledo, Carlos A. en *Análisis e Interpretación de las disposiciones fiscales*, pp. 218 y 220.

En materia familiar y de derecho de infantes esta aclaración es importante porque los *permisos a* y los *permisos a no* de los niños, niñas y adolescentes consistentes en acciones u omisiones, deben ser interpretadas por cualquier método permitido por la hermenéutica jurídica para garantizar su máxima defensa.

²⁸ Cfr. *Ibídem* pp. 218-221

Sin embargo, cuando nos referimos por ejemplo a *obligaciones o prohibiciones* que los padres tienen con respecto a sus hijos (constituyendo así las llamadas *expectativas positivas* de los infantes), la interpretación de estas disposiciones debe realizarse de manera estricta, como en los casos de obligación de cuidado del niño o la obligación alimentaria.

Finalmente, cuando nos referimos a la actuación de los órganos del estado respecto a los niños, niñas y adolescentes, como lo es el caso de los jueces locales en materia familiar, la interpretación de sus facultades, permisos, obligaciones y prohibiciones con respecto a los niños siempre debe ser estricta.

4. Los sujetos de derecho

De acuerdo con el pensamiento de Luigi Ferrajoli como ya se estudió en líneas anteriores el sujeto de derecho, es la persona humana como centro de imputación de consecuencias jurídicas adscritas por la norma. Como sujetos de derecho gozan de un estatus diferenciado al resto de las cosas; y por *estatus* se entiende la condición del sujeto prevista por la norma jurídica positiva, como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas que le son reconocidos por igual a todos los sujetos con el mismo *estatus*.

Sin embargo, para entender a los niños y adolescentes como sujetos de derecho, lo primero que se debe de hacer es establecer una definición de *niño* y algunos otros conceptos utilizados por la doctrina jurídica para diferenciarlos.

En este sentido “existe evidencias de que el concepto “niño” es una construcción histórica y que la adolescencia tiene importantes componentes sociales que determinan que presente una duración distinta en contextos sociales determinados”²⁹.

²⁹ González Contró, Mónica, *Derechos de los niños y las niñas*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015, p. 2.

Por lo anterior Mónica González Contró, investigadora de derechos de la infancia nos remite a tres conceptos que suelen relacionarse con las personas menores de 18 años en México a saber: *menor*, *menores de edad* y *niños, niñas y adolescentes*.

Bajo este orden de ideas profundiza señalando que “*menor* deriva de la posición de menor de edad, pero con el uso se ha convertido en una forma de designar a las niñas, niños y adolescentes, especialmente en el ámbito del derecho privado —materia familiar— y penal —menores infractores—”³⁰, refiriendo que el vocablo menor es un adjetivo que se utiliza para designar que algo o alguien es menos valioso o con menores características que otra cosa de la misma especie, motivo por el cual concluye que no es un término adecuado para referirse es este grupo vulnerado.

En lo que respecta al segundo concepto *menores de edad* nos explica que “en realidad, cuando se dice *menor de edad* se está diciendo *persona menor de edad*, pues en sí misma esta expresión carece de significación alguna, más que en referencia a describir la situación de la persona al no haber alcanzado la mayoría de edad”³¹; y concluye que esta denominación tampoco es correcta, porque si bien es cierto se le reconoce el carácter de personas, no individualiza las necesidades de cada sector de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente concluye que el término correcto para designar a nuestro grupo de estudio es el de *niños, niñas y adolescentes* pues:

En primer término, *niño* es la denominación que utiliza la Convención para identificar a sus destinatarios, pero además el término *niño* se identifica con la transformación de la situación irregular a la protección integral... En los años posteriores a su ratificación, al sistema legal

³⁰ González Contró, Mónica, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina” en Pérez Contreras, María Monserrat y Macia Vázquez Ma. Carmen (coord.), *Marco teórico conceptual sobre menores vs niñas, niños y adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Memorias, Núm. 5, Publicación Electrónica, 2011, p. 36.

³¹ González Contró, cit. “¿Menores o niñas, niños...”, ídem.

mexicano se han incorporado los términos *niña* y *adolescente* para identificar a todos los miembros que componen este grupo de población... El término *adolescente* tiene como objeto hacer una distinción entre franjas etarias para reconocer la progresividad en la capacidad de autonomía. En este sentido, resulta importante el reconocimiento de derechos diferenciados a partir del desarrollo de habilidades. Conviene distinguir entre *niños* y *adolescentes* para reconocer a estos últimos la capacidad en la toma de ciertas decisiones³².

Se puede concluir de la exposición anterior que, el término ideal para describir a las personas menores de 18 años como grupo vulnerado en México, es el de *niños, niñas y adolescentes*, no solo porque reconoce las fases de desarrollo de la infancia y la autonomía progresiva de la infancia sino, por que les reconoce el estatus jurídico de sujetos de derecho con iguales derechos que los adultos, pero con características específicas.

No obstante lo anterior, en el contexto del derecho positivo mexicano es una realidad que independientemente de la denominación que se le dé a este grupo (niños, niñas, menores, menores de edad, infantes o adolescentes), el cambio de nomenclatura en la legislación, la doctrina y la práctica no ha significado un mejoramiento sustancial en la defensa de los derechos minoriles, y solo ha llevado a leyes redundantes en cuanto a su denominación y extensión.

Es preciso hacer notar que no se considera que el tema de la denominación de los niños y adolescentes como grupo vulnerable sea un debate estéril, pero desafortunadamente la situación actual en materia de derechos de las personas menores de edad se requiere de más que un cambio la forma de su denominación para tener una protección eficaz de sus derechos; por ese motivo en el presente trabajo se utilizará indistintamente el término personas menores de edad o niños y

³² *Ibidem*, pp. 36 y 37.

adolescentes, sin que ello implique que se está dejando de lado al género femenino que integra este grupo social.

Ahora bien ¿qué significa que los niños y adolescentes sean considerados sujetos de derecho? En este sentido se debe precisar que cuando se diga que “el niño sea sujeto de derecho: significa que ejercerá sus derechos y deberes de acuerdo con su edad y grado de madurez. Tres principios que lo concretizan son: la autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta.”³³

Los niños y adolescentes gozan igual que el resto de las personas de un estatus superior por el simple hecho de ser sujetos de derecho. Este *estatus superior* parte del presupuesto de que todo ser humano, por el solo hecho de serlo tiene dignidad, y como tal debe de gozar de las mismas expectativas jurídicas que tendría cualquier otro ser humano.

En este sentido, los niños y adolescentes no son un bien jurídico tutelado por la norma, ni objeto que requieren la protección del estado o un fin en sí mismos; más bien son sujetos de derecho plenos que requieren ser tratados conforme a su grado de madurez, que tiene derecho a ser oídos para que su opinión de tome en cuenta y por lo tanto tiene que ser reconocidos por los adultos como un grupo en desventaja de acuerdo al interés superior de la infancia.

En conclusión, los niños deben ser tratados y considerado como sujetos en su plenitud y no como sujetos en potencia o sujetos en desarrollo. Es cierto que deben ejercer por sí mismo sus derechos de manera progresiva, pero ello no equivale a que adquieren el estatus de sujeto de derecho progresivamente.

Por este motivo, para que sean tomados en consideración ante la autoridad administrativa o jurisdiccional es necesario, tener en cuenta el concepto de autonomía progresiva de los infantes, porque, “la autonomía es inversamente proporcional: a menor autonomía de la niñez, mayor orientación y apoyo de los

³³ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, Santiago de Chile, año 14, número 18, 2da época, diciembre 2018, pp. 117.

padres o personas a su cargo. A mayor autonomía, menor apoyo y orientación por parte de los padres o personas que estén a cargo de la niñez”³⁴.

En este sentido la autonomía progresiva, es la capacidad que tienen los niños, niñas y adolescentes de acuerdo a su grado de madurez (y no solo de su edad biológica) para entender y comprender los hechos que suceden a su alrededor, y por lo tanto de expresar de manera libre y espontánea su opinión respecto a cualquier situación que pueda llegar afectarlos (positiva o negativamente).

Este sistema de autonomía progresiva se encuentra en abierta contradicción con el sistema denominado *de la voluntad sustituida*³⁵ en la cual, los niños y adolescentes no se les permite expresar sus intereses y deseos, de acuerdo con sus facultades, y su opinión no necesita ser tomada en cuenta por sus padres o las autoridades.

Tratar a un niño, niña o adolescente como un objeto que necesita protección implica, sin lugar a dudas, que se aplique el sistema de *voluntad sustituida*, en el cual no se garantiza su derecho a la participación en los asuntos que impacten su esfera jurídica, pero sobre todo que no se asegura que sean valorados sus intereses, deseos y opiniones de acuerdo a su grado de madurez.

En el sistema de *voluntad sustituida* ni los progenitores ni el Estado, toman en consideración los intereses subjetivos de las personas menores de edad (que se presume los padres deberían conocer), ni su voluntad fundamentada en razón de su grado de madurez (pues se entiende que en determinados temas y para determinadas situaciones los niños y adolescentes tiene capacidad de discernimiento).

II. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA EN EL DERECHO FAMILIAR

Para la ejemplificación del problema en el presente trabajo de investigación, serán estudiadas diversos expedientes en su versión publica de procedimientos

³⁴ Gómez de la Torre Vargas, óp. cit. 119.

³⁵Cfr. Ibídem, p. 122.

especiales en el divorcio incausado donde se involucran derechos de niños y adolescentes.

Sin embargo, para poder entender esta figura jurídico-procesal es necesario entender, primeramente: al derecho familiar, a los derechos de los infantes y al derecho procesal familiar; para con ello entender a la figura desde su contexto general y hasta su a concepción en lo particular.

En este sentido en el siguiente apartado se tratará primeramente los derechos de la infancia en los procedimientos familiares ya que son el punto de partida medular para la investigación, y de manera complementaria se explicarán algunas características del procedimiento especial de divorcio incausado y de las medidas provisionales.

Para poder explicar los derechos de los niños y adolescentes se debe exponer primeramente dos instituciones jurídicas fundamentales dentro del derecho de las personas menores de edad: el interés superior de la infancia y su relación la patria potestad.

La noción de interés superior del menor o también llamando interés superior de la infancia es considerado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un *concepto jurídico indeterminado*³⁶.

La figura del concepto jurídico indeterminado proviene de una doctrina alemana del derecho administrativo, la cual primeramente fue retomada por la jurisprudencia del Poder Judicial Federal para el derecho administrativo mexicano y después aplicada para el derecho familiar específicamente en el principio del interés superior de la infancia.

Un concepto jurídico indeterminado es una noción o idea que a pesar de encontrarse enunciada en la legislación vigente, no puede ser definida ni englobada en un sólo supuesto normativo, pues se dejaría de lado múltiples circunstancias que

³⁶ Tesis: 1a. /J. 44/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, t. I, p. 270.

calificarían el hecho que pretende regular, esto quiere decir que, por su amplitud estructural puede ser aplicada a un sinnúmero de situaciones.

Para entender mejor la diferencia entre conceptos jurídicos determinados e indeterminados nos remitiremos al siguiente texto:

Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca... Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no se encuentran bien precisados en su enunciado, no obstante el cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto... La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que no obstante la indeterminación del concepto admite ser precisado en el momento de su aplicación³⁷.

Por consiguiente, el hecho de señalar que el interés superior de la infancia es un *concepto jurídico indeterminado*, quiere decir, que para su aplicación por parte del órgano de autoridad es necesario acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin perseguido por la norma para esclarecer el contenido y alcance de dicho concepto, e incluso hacer se impone al juzgador la obligación de realizar “un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa”³⁸.

³⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 17ª ed., Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, 2015, p.497.

³⁸Tesis: 1a. /J. 44/2014 (10a.), óp. cit., ibídem.

Ello es así, porque de acuerdo con la doctrina alemana todo concepto jurídico indeterminado tiene una estructura que permite su aplicación argumentativa, como a continuación se detalla:

En la estructura de todo concepto jurídico indeterminado es identificable un núcleo fijo (*Begriffkern*) o <<zona de certeza>>, configurado por los datos previos y seguros, una zona intermedia, o de incertidumbre, o <<halo de concepción>> (*Begriffhof*), más o menos precisa, y, finalmente una <<zona de certeza negativa>>, también segura en cuanto a la exclusión del concepto... Supuesta esta estructura del concepto jurídico indeterminado, la dificultad de precisar la solución justa se concreta en el la zona de imprecisión o <<halo>> conceptual pero tal dificultad desaparece en las dos zonas de certeza, positiva o negativa.³⁹

Esta doctrina aplicada al interés superior de la infancia es la asumida por la Suprema Corte en la Tesis: 1a. /J. 44/2014 (10a.), e implica que para su determinación en los procedimientos familiares es necesario realizar un proceso argumentativo en donde se analicen los principios y valores vigentes la sociedad en general y en la familia en particular pues sólo así es posible darle significado frente al caso concreto.

En este sentido la autoridad al aplicar el interés superior de la infancia debe motivar cómo es que denoto la ley y cómo connotó los hechos, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la norma jurídica, sino del sentido contextual de todo el sistema jurídico aplicado a las circunstancias especiales del caso.

Explicado de otra manera, estamos retomando el juicio de legalidad y el juicio de equidad que limita la actividad discrecional de órgano de autoridad, por medio de la justificación racional de su proceder, en un ámbito que surge de entre la zona de certeza positiva y la zona de certeza negativa.

³⁹ García de Enterría y Fernández, óp. cit., p. 500.

Como se puede observar de lo detallado anteriormente, los tribunales familiares requieren al momento de aplicar el interés superior de la infancia, conocer de las circunstancias del hecho concreto, pues como ya se refirió anteriormente este principio no busca proteger a la infancia con un ente plural, sino a cada persona menor de edad de manera individual.

Ahora bien, una vez que se ha establecido que el interés superior de la infancia es un concepto jurídico indeterminado del derecho familiar, surge la siguiente interrogante ¿El interés superior de la infancia es un principio o es una regla?

Para poder responder a esta interrogante, se debe partir de la idea de que existe una diferencia estructural entre los principios y las reglas:

Mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia menor o mayor de vaguedad; sino que tales condiciones no se encuentra ni siquiera genéricamente determinadas. Este tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas. Los principios en sentido estricto, cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación en relación con factores relevantes que el caso presente con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, este exige un cumplimiento pleno.⁴⁰

Así las cosas, podemos concluir que el interés superior de la infancia como un *concepto jurídico indeterminado* es un principio de maximización de derechos de la

⁴⁰ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Sobre principios y reglas", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Número 10, Año 1991, pp. 108.

niñez que existe entre la zona de certeza positiva (condición inicial mínima) y la zona de certeza negativa (esto es cuando estamos fuera este interés superior).

Lo anterior es así, dado que la condiciones para que tenga aplicación el interés superior de la infancia son demasiado amplias como para ser contenidas en una regla porque existen muchos tipos de familia (nuclear, extendida, comunitaria, monoparental, homoparental etc.) de la misma manera que la circunstancias culturales y sociales de las personas menores de edad son muy diversas.

De esta manera, como principio constitucional el interés superior de la infancia actúa a manera de una *garantía secundaria*, es decir como una *garantía de justiciabilidad* que opera de manera contingente ante la violación de las expectativas normativas de los niños, pues sirve como argumento para anular (e incluso en algunos casos sancionar) los actos contrarios a este interés superior.

Pero, si lo anterior es cierto ¿Qué derecho fundamental protege la garantía secundaria llamada interés superior de la infancia?

La respuesta se encuentra contenida el artículo 4º constitucional párrafo noveno, así como en el artículo 27 de la Convención sobre los derechos del niño y es el denominado *derecho al sano desarrollo integral de la niñez*; ya que se erige como una expectativa universal tanto positiva (de ejecución) como negativa (de su no violación o no derogación) de todo niño, niña o adolescente.

Estos textos, determinan la obligación de las autoridades en el Estado mexicano de realizar en el ámbito de su competencia las actividades, acciones y decisiones que sean necesarias para velar por el sano desarrollo integral de los niños permitiendo la plena convivencia con ambas ramas familiares (salvo en caso de peligro inminente), derecho a ser protegidos y el derecho a recibir alimentos.

Muñoz Rocha al tratar el tema del interés superior de la niñez en relación con el sano desarrollo integral expresa que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contradicción de criterios 21/2006, ha señalado lo siguiente:

Se desprende que la garantía constitucional al desarrollo y bienestar integral del niño, comprende en principio, el derecho a

conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; el derecho a preservar las relaciones familiares; el derecho a que no sea separados de sus padres excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño; el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su familia; el derecho a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico y mental ... así como el derecho de todo niño a un nivel adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...⁴¹.

López Betancourt y Fonseca Lujan, explican que el interés superior de la niñez como criterio vinculante tiene dos facetas: “por un lado obliga a las autoridades cuando sus acciones intervienen o inciden en el ámbito familiar; y por otro, obliga a los miembros de la familia o a otros individuos que intervenga en la vida del niño”⁴².

Es decir, el derecho fundamental al sano desarrollo integral de la niñez interpretado bajo el principio constitucional del interés superior de la infancia es el mecanismo jurídico que dota de *legalidad sustancial* al ordenamiento jurídico que rige los derechos de las personas menores edad y en específico a la institución de la patria potestad como piedra angular del derecho familiar mexicano, que se traduce en:

Un catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.⁴³

⁴¹ Cfr. Muñoz Rocha, Carlos I., *Derecho Familiar*, 1ª ed., México, Oxford, 2013, pp. 25-26.

⁴² López Betancourt, Eduardo y Fonseca Lujan, Roberto, *Juicios Orales en Materia Familiar*, 1ª ed., México, Iure Editores, 2014, p. 35.

⁴³ Tesis: I.5o.C. J/16, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2188.

En consecuencia podemos afirmar que el interés superior del menor tiene esta doble faceta: Como principio constitucional es un concepto jurídico indeterminado que tiene la finalidad de maximizar de derechos de la niñez; y como derecho fundamental será identificado el derecho de los niños y adolescentes al sano desarrollo integral. En la práctica es importante destacar cuando se utiliza de uno u de otra forma para evitar confusiones conceptuales.

1. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la familia

Antes de entrar al estudio de institución de la patria potestad y de los derechos que de ella emanan, se hará un paréntesis para tratar el tema de la organización social denominado familia y el derecho familiar, ello porque es preciso definirlos y especificar su función dentro del contexto de los derechos de la niñez.

“La familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en caso excepcionales la adopción civil (filiación civil)⁴⁴”.

Por su parte el término derecho familiar se compone de dos elementos, el primero propiamente normativo que es justamente *derecho* y el segundo elemento de carácter biológico-sociológico que es precisamente *familia*, al cual el ordenamiento jurídico no hace más reconocer la presencia de las facultades y deberes que preexisten por el simple hecho natural de la filiación.

De ello se puede concluir que no es el Estado el que *crea* el derecho familiar, pues éste ya existe dentro del contexto biológico-sociológico del ser humano; la familia preexiste a su regulación en el derecho, lo que sucede es que para hacer congruente la protección de estos derechos que derivan de los lazos familiares se requiere su positivación en el ordenamiento jurídico.

⁴⁴ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil Primer Curso. Parte General. Personas. Familia.*, 27ª ed., México, Porrúa, 2012, p. 447.

Por lo anterior, existe divergencia respecto a la naturaleza y definición del término *derecho familiar*, desde una posición positivista en términos generales y de acuerdo con la legislación vigente es una rama del derecho privado que rige relaciones entre particulares, pero que, por ser la *familia* el núcleo de la sociedad el Estado debe intervenir para imponer límites a la voluntad de las partes y proteger los intereses de los integrantes vulnerables en la familia, de ahí que a pesar de pertenecer al Derecho Civil, *sea de orden público y de interés social*⁴⁵.

Debido al interés general de los miembros de la sociedad, para preservar los valores inculcados en el núcleo familiar y ante el problema actual de la disgregación del grupo familiar, *el Estado no ha permanecido indiferente, pues ahora reconoce que el derecho de familia es de interés social; esto da razón de que la familia cumple con funciones básicas como la formación del individuo y que por lo tanto la familia, es una institución ideal para este fin*⁴⁶.

Por lo que podemos concluir que la materia familiar, aunque formalmente pertenece a la rama del derecho privado por encontrarse contenido dentro de la legislación vigente en materia civil que regula las relaciones entre particulares (reglamenta relaciones entre iguales); realmente es una rama autónoma e independiente que puede clasificarse dentro del derecho social porque su importancia es tal, que la intervención del Estado dentro de las disposiciones que rigen a la familiar puede sobrepasar las facultades conferidas a sus integrantes, en pro del amparo del más débil.

En este entendido diversos autores han definido al derecho familiar desde una perspectiva positivista, para fines de estudio interno del derecho, como por ejemplo Baqueiro y Buenrostro, quienes definen al derecho familiar como: “el conjunto de normas jurídicas de orden público y de interés social que regulan la constitución,

⁴⁵ Artículo 4.1 del Código Civil y Artículo 5.1 párrafo segundo de Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Estado de México.

⁴⁶ Cfr. Galindo Garfias, óp. cit., p. 463

organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos”⁴⁷.

Esta definición que para términos estrictamente positivistas de estudio puede ser acertada, admite algunas críticas como a continuación se detallan.

En primer lugar, siguiendo la corriente garantista no se puede definir al derecho en general, ni al derecho familiar en particular como un *conjunto de normas jurídicas* dado que este complejo ente jurídico, se compone de más elementos que la norma jurídica en sí (como presupone la concepción positivista clásica).

El garantismo parte del supuesto de que el derecho también incluye a los principios constitucionales en materia familiar y de protección a la niñez que permearon a la norma secundaria mediante la *legalidad sustancial* y que otorga validez sustancial independientemente de su vigencia.

Además, el derecho familiar también se encuentra conformado por los mecanismos y técnicas legislativas que aseguran el cumplimiento de sus disposiciones (eficacia de la norma), porque independientemente de ser de orden público y de interés social, su aplicación debe garantizar los derechos fundamentales de la familia (como núcleo de la sociedad) y sus integrantes.

Es por este motivo que estas garantías, se constituye como límites a la actuación de la autoridad por un lado (lo que se puede legislar y lo que se puede decidir judicialmente respecto a la familia) y a la voluntad de las partes (lo que se puede o no convenir respecto a sus relaciones paterno-filiales).

En lo que esta definición acierta es el objeto del derecho familiar en cuanto a “la constitución, organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia” y sería importante agregar que también las relaciones con los órganos de gobierno encargados de su protección; así mismo también acierta en cuanto a la

⁴⁷ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia*, 2ª ed., México, Oxford, 2012, p.7.

finalidad de esta rama del derecho en lo concerniente al *desarrollo integral* de los miembros de familia.

Finalmente, en cuánto a semántica puede ser criticable el uso del término *conjunto* como un cúmulo de elementos o entidades ordenadas, estables e inamovibles; y se considera que sería más apropiado usar el término *sistema*, que refiere también a un tipo similar de independencia -que implica regularidad de relaciones discernibles- entre dicho conjunto (Parsons Talcott, Enciclopedia Internacional de la Ciencias Sociales p. 710)⁴⁸.

Con todo lo expuesto, se propone definir al derecho familiar de la siguiente manera:

Como un sistema de principios, técnicas legislativas y mecanismo de protección de las expectativas normativas otorgadas por el Estado conforme a los derechos fundamentales, que preceptúa supuestos jurídicos respecto a la organización, constitución y disolución de las relaciones familiares, y que tiene como finalidad garantizar el desarrollo integral de sus miembros particular y de la familia como ente en general.

Debe señalarse que es justo dentro de esta rama del derecho, que surge una subdivisión de dispersiones normativas que protegen la infancia y que comparte su naturaleza jurídica, a la cual en algunos países se le ha denominado de diversas maneras como: *derecho minoril*, *derecho de menores*, *derecho de la niñez*, o *derecho de la infancia*.

En el caso del sistema jurídico mexicano el derecho familiar aplica el principio del interés superior de la infancia por medio de la figura denominada patria potestad a efecto de preservar el derecho fundamental de los niños y adolescentes al sano desarrollo integral.

⁴⁸ Citado por Fix-Fierro en, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Porrúa, 2009, véase: Sistemas Sociales, p. 3484-3489.

La patria potestad es una institución que fue legada del derecho romano que ha sufrido importantes cambios culturales a partir de la entrada de vigor de la Convención sobre los derechos del niño, al grado de que diversos autores han planteado un cambio de nomenclatura para hacerla acorde a la realidad jurídica.

Galindo Garfias expresa que la patria potestad “es una institución establecida por el derecho con la finalidad de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente”⁴⁹.

Así definimos a la patria potestad como, el conjunto de derecho y obligaciones paterno-filiales derivados del hecho natural de la filiación, ejercido por los ascendientes en el orden establecido por la ley, cuyo objeto es la protección y asistencia de los menores de edad no emancipados sujetos a ella, para vigilar su correcto desarrollo físico y emocional.

Dentro de este conglomerado de derecho-obligaciones a los cuales la ley y la doctrina han denominado patria potestad (y que para fines de estudio la doctrina se divide respecto a la persona de los hijos y respecto a los bienes de los hijos), se encuentran las siguientes consecuencias impero-atributivas:

- 1.- El deber de protección de la niñez sujeto a su cuidado (derecho a la guarda y custodia),
- 2.- El deber de convivir y general lazos afectivos entre progenitores y su prole (derecho de convivencia), y
- 3.- El deber a brindar los medios necesarios para la subsistencia de los hijos (derecho a recibir alimentos).

Sin embargo, cuando existe una crisis familiar la institución jurídica de la patria potestad se escinde (como en el caso de divorcio), pues ante la *separación de hecho* de los progenitores no pueden ambos cumplir con las obligaciones paterno-

⁴⁹ Galindo Garfias, óp. cit., p. 686.

filiales, al menos ya no en la misma medida en que se hacía cuando la pareja vivía unida.

Ante esos casos de crisis donde ambos progenitores deben continuar con el ejercicio de la patria potestad, pero que se debe modificar su implementación; a uno de los progenitores le corresponde ejercer la *guarda y custodia* que se proyecta como una prerrogativa de la patria potestad, la cual conlleva correlativamente la plena convivencia con el progenitor no custodio⁵⁰.

De acuerdo con Joaquín Ivars Ruiz, la Real Academia de la Lengua Española define a la *custodia*, como la acción y efecto de custodia, que significa *guardar con cuidado y vigilancia*; y por otro lado define *guardar* como *tener cuidado de una cosa, vigilarla y defenderla*.

De esta forma la custodia pues sería una modalidad de la guarda, que se caracteriza por el especial cuidado que esta exige, mientras que la guarda y custodia, sucintas ideas de vigilancia, cuidado, conservación y asistencia de alguien o algo⁵¹.

“En la custodia esta comprendidos otros deberes y derechos correlativos a la relación paterno-filial, como lo son la convivencia, la protección de la persona, la vigilancia de sus actos, y la educación completa, que comprende la moral y la religiosa”⁵², así como lleva implícito la obligación a otorgar alimentos por parte del progenitor custodio (deber con el que cumple al integrar al deudor alimentario a hogar del acreedor).

Por otro lado, el derecho a los alimentos es “la prestación en dinero o en especie que una persona, en determinadas circunstancias (en el caso concreto para

⁵⁰ Tesis: 1a. CCCVI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, t. 2, p. 1051.

⁵¹ Cfr. Ivars Ruiz, Joaquín, *Guarda y Custodia Compartida aspectos procesales y sustantivos*, 5ª ed., Valencia, Tirand lo Blanch, 2008, p. 53.

⁵² Chaves Asencio, *La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, 5ª ed., México, Porrúa, 2005, p. 292.

personas menores de edad) puede reclamar de otras señaladas por la ley para su manutención y sobrevivencia⁵³.

De esta manera una persona a la que se denomina *acreedor alimentario* tiene la facultad de exigir de otra a la que se le denomina *deudor alimentario* todas las asistencias necesarias para su sustento, derecho que tiene su fundamento en los lazos familiares de reciprocidad y cooperación mutua.

Este derecho sin embargo no es absoluto, ni despótico pues debe ser concedido bajo los principios de necesidad de acreedor alimentario y capacidad económica de deudor.

En los casos de separación de la pareja existen dos formas en que los progenitores pueden cumplir con sus obligaciones alimentarias hacia sus hijos, la primera de ellas es por medio de una pensión alimenticia en dinero y/o en especie, la cual es típica del progenitor no custodio; y la segunda a por medio de la incorporación del acreedor alimentario al domicilio del deudor, forma en la cual cumple su obligación el progenitor custodio.

Finalmente se puede definir al derecho de convivencias y visitas, como un derecho de los niños y adolescentes (que de manera subsidiaria también benéfica al progenitor no custodio) a convivir con ambas ramas familiares en los casos de crisis familiar.

Porque “la convivencia de los menores con sus padres y con la familia de ambos, permite el sano desarrollo de aquéllos, pues conlleva al conocimiento y trato directo que tienen los infantes con sus ascendientes y demás parientes a fin de lograr su cabal integración al núcleo familiar y obtener identidad plena al grupo social al que pertenecen⁵⁴”, los cuales son derechos fundamentales de los niños.

En vista de que los derechos que derivan de la escisión de la patria potestad surgen para proteger el principio constitucional del interés superior de la niñez,

⁵³ Baqueiro y Buenrostro, *Derecho de Familia*, óp. cit., p. 33

⁵⁴ Tesis: VI.2o.C. J/16 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 17, abril de 2015, Tomo II, p. 1651.

debemos mencionar que estos en su conjunto son una forma de garantizar el sano desarrollo integral de la infancia.

De lo anterior se infiere que para salvaguardar el derecho fundamental al sano desarrollo integral de la infancia se debe de manera necesaria proteger simultáneamente: el derecho a ser protegidos en su persona (guarda y custodia), el derecho a recibir los medios necesarios para su desarrollo y subsistencia (derecho de alimentos) y el derecho a convivir plenamente con ambas ramas familiares (derecho de convivencias). Con que falte salvaguardar uno de estos elementos no se cumple con una protección integral del niño.

Por otra parte, con todo lo expuesto se plantea la siguiente interrogante ¿La institución de la patria potestad entra en conflicto con la figura de la autonomía progresiva de la infancia?

La respuesta es que no. Dentro de la figura de la patria potestad en el sistema jurídico mexicano el niño o niña es considerado un sujeto de derecho, que dada su situación especial de inmadurez física y mental propia de su edad, requiere del apoyo y la intervención de sus progenitores para su correcto desarrollo en sociedad.

El tratar al niño o adolescente como objeto de protección implicaría (doctrinalmente hablando) que no fuera tomada en consideración su opinión para ningún aspecto de su vida, como ocurrió con la figura de la *patria potestas* en el derecho romano en donde a pesar de ser mayores de edad los hijos continuaban sometidos al *sui iuris*; pero en la actualidad la figura ha evolucionado y por ello no se encuentra en conflicto con la autonomía progresiva.

Es claro que la patria potestad es una institución instaurada para la protección de los derechos de la infancia que busca salvaguardar los intereses de los niños y adolescentes sujetos a ella, por medio de quienes se presume son aptos para ejercerla por ser familia directa. Este es un derecho consagrado por el artículo 4º constitucionales párrafos noveno a onceavo y el artículo 5 de la Convención sobre los derechos del niño.

Por su parte la *autonomía progresiva* es asimilada con la "*evolución de las facultades* para referirse a procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor."⁵⁵

De esta manera se puede definir al principio de *autonomía progresiva* con la capacidad que tienen los niños y adolescentes de acuerdo con su grado de madurez (y no solo de su edad biológica) para entender y comprender los hechos que suceden a su alrededor, y por lo tanto de expresar de manera libre y espontánea su opinión respecto a cualquier situación que pueda llegar afectarlos (positiva o negativamente).

Sin embargo el principio de autonomía progresiva de los menores de edad no se encuentra en conflicto con la figura de la patria potestad porque:

El artículo 18 de la Convención reafirma que los padres o representantes legales tienen la responsabilidad primordial de promover el desarrollo y el bienestar del niño, siendo su preocupación fundamental el interés superior del niño (arts. 18.1 y 27.2). Los Estados Partes deberán respetar la supremacía de padres y madres.⁵⁶

Esto quiere decir que entre la autonomía progresiva y las responsabilidades parentales existe una sinergia que busca en proteger el sano desarrollo integral de la infancia.

Por ello, la relación causal que existe entre la intervención paternal inversamente proporcional a la autonomía progresiva de los menores de edad: a menor grado de madurez mayor grado de intervención paternal y a mayor grado de madurez menor necesidad de la intervención de los padres.

⁵⁵ Observación General No. 7, Comité de los Derechos Niño, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006), pfo.17.

⁵⁶ Observación General No. 7, óp. cit., pfo. 18.

Ello es así, porque de esta manera los padres preparan gradualmente a los hijos para las responsabilidades de la vida adulta; pues hacerlo de la manera contraria equivaldría a lanzarlos al mar abierto sin haberlos enseñado primero a nadar.

Es por eso que, cuando en el ejercicio de la patria potestad los padres y los órganos de autoridad no toman en consideración la *autonomía progresiva* sin que exista justificación para ello, además de violentar el interés superior del niño, podría impedir que se obtenga información que permita evaluar mejor los daños de las decisiones tomadas al respecto.

Es en el momento en que hablamos sobre la relación que existe entre la autonomía progresiva y la patria potestad, cuando debemos tratar el tema del paternalismo jurídico.

El paternalismo en el ámbito de la familia se caracteriza por una alta probabilidad de que A actúe movido exclusivamente por el bien de B y también por una alta probabilidad de que los intereses (subjetivos) de B sean conocidos por A. Por el contrario en el ámbito estatal la probabilidad de que el Estado actúe por el bien del sujeto B puede ser muy baja y también se puede dudar de las probabilidades de este agente de conocer los intereses (subjetivos) de B. Estas observaciones generales fundamentan la postura que sostiene que el cuidado y educación de los menores debe estar en manos de sus progenitores y el Estado debe, tan sólo, supervisar y vigilar, de forma muy general, el cumplimiento de estos deberes.⁵⁷

El autor nos refiere que al hablar sobre el paternalismo en la familia existe el denominado paternalismo cooperativo, que es un caso en el cual se presupone que los padres como parientes consanguíneos directos (denominados A) tiene como finalidad inmediata la protección de sus hijos menores de edad (denominados B),

⁵⁸ Alemany, Macario, "El concepto y la justificación del paternalismo", Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Número 28, Año 2005, p. 288-289.

al mismo tiempo que se presupone que por el mismo motivo que los padres conocen los intereses (subjetivos) de los niños y adolescentes sujetos a su patria potestad.

No obstante, cuestión diferente pasaría con el Estado pues al no existir esta relación familiar directa, disminuye la presunción de que tenga como finalidad la protección de *B* (o al menos no de la misma manera que los protegería la familia), ni tampoco que conozca los intereses subjetivos de *B*, al paternalismo que ejerce el Estado en este caso se le denomina paternalismo conflictivo.

Está claro que esta doble presunción (tanto que *A* tenga como finalidad el bienestar de *B* y de que *A* conozca los intereses subjetivos de *B*) es una presunción *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario sobre todo en los casos de escisión de la patria potestad y sería en los casos más graves en los cuales estaría justificada la intervención estatal en la dinámica familiar.

De lo anterior podríamos considerar (al igual que ocurrió con la patria potestad) que existe una disputa entre el paternalismo jurídico que implica la figura de la patria potestad y el principio de autonomía progresiva de los menores de edad, es decir, entre el poder paternal conferido por la ley y la capacidad de los niños de entender su situación en el conflicto, sin embargo ello es una disputa ilusoria de carácter interpretativo, pues:

La universalización de la aceptación del paternalismo en relación con los niños juega en dos direcciones: por un lado, parece implicar que los adultos en tanto que no son niños no deben ser tratados de la misma manera, y por el otro lado, exige que si los adultos son iguales a los niños en algunos aspectos relevantes deben ser considerados de la misma manera.⁵⁸

Un ejemplo de *algunos aspectos relevantes* son los derechos fundamentales que toda persona tiene por el hecho de ser humano. El paternalismo jurídico ejercido

⁵⁸ Alemany, óp. cit., p. 288.

por medio de la figura de la patria potestad no entra en conflicto con la autonomía progresiva de la infancia, pues más bien se complementan para llevar a los niños y adolescentes a un sano desarrollo integral.

Se dijo que el aparente conflicto es interpretativo porque no se parte de la idea de que el poder paternal es autoritario, ilimitado e irresponsable; sino que se encuentra sujetos a una serie de condiciones que permiten su ejercicio de manera avalorativa (sin carga moral)

Se debe recordar que el paternalismo jurídico ejercido por medio de la patria potestad es en sí mismo el ejercicio de un poder sobre otra persona y como tal el mismo puede constituir un problema moral, ello si es una conducta esencialmente benevolente y no atiende a un fin específico.

Por lo tanto para evitar el autoritarismo (aunque sea benevolente) en el ejercicio de la patria potestad sobre los niños y adolescentes, el paternalismo jurídico en la familia se concibe como:

- 1.- Una *acción intencionada* de A,
- 2.- En la cual A tiene la *finalidad de evitar daños o posibles daños a B*,
- 3.- Que se ejerce *por medio de la influencia* para obtener determinado comportamiento de B y;
- 4.- Es un *ejercicio de poder que responsabiliza a A*⁵⁹.

Por consiguiente, el no cumplir con cualquiera de estas cuatro características implicaría que no se ejerce una acción paternalista sino un acto autoritario. Y es importante hacer notar que en ningún momento se habla sobre acciones que constituyan un bien *para B*, sino únicamente *evitar un daño o posibles daños a B*, pues ser reitera los actos benevolentes son autoritarios y en cierto sentido subjetivos. Bajo este orden de ideas nuestro autor establece que:

⁵⁹ Cfr. Ibídem, pp. 269-270.

A ejerce paternalismo jurídico sobre B si y solo si:

1) A ejerce un poder jurídico sobre B,

2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a si mismo y/o le suponen un incremento de daño (siendo esto daños de tipo físico, psíquico o económico).⁶⁰

El poder jurídico de A (padre) sobre B (hijo o hija menor de menor de edad) es conferido por la ley, por medio de la figura denominada patria potestad, con la finalidad de evitar de B acciones u omisiones que lo dañen o que supongan un incremento de daño, basado en la presunción de que la familia procura el bienestar de sus integrantes y de que conocen sus respectivos intereses subjetivos.

No obstante lo anterior, esto no implica que los casos de ruptura familiar no existan intereses en conflicto, y será en los casos más graves en los que el Estado tenga que intervenir en la dinámica familiar, para reestablecer el orden y proteger a los más vulnerables; pero por otra parte la intervención del Estado no debe ser la regla que permita infringir la autonomía familiar. Se debe buscar entonces el justo equilibrio.

Así pues, las preguntas que surgen serían ¿En qué casos puede el Estado intervenir en la autonomía familiar? Y si el Estado interviene entonces ¿En qué casos tendría que intervenir los niños y adolescentes?

El principio de autonomía familiar permite a sus integrantes adoptar la forma que mejor les parezca para la consecución de los fines familiares y el desarrollo de los niños y adolescentes, la intervención Estatal es una excepción que solamente debería aplicarse de manera justificada si es una medida idónea y necesaria.

Es este sentido, el Estado como se detalló en líneas anteriores también puede actuar paternalistamente, y la forma de realizarlo sería a través del siguiente razonamiento:

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 273.

A ejerce paternalismo sobre B por medio de X, de forma justificada si y sólo si:

1) X es una medida idónea y necesaria en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños (siendo estos daños del tipo físico, psíquico o económico) y no hay una forma alternativa no paternalista y de costes razonable para evitar esos daños, y

2) La tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en una situación de incapacidad básica del sujeto B, y

3) Se puede presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones como al contenido concreto de X, si no estuviere en una situación de incapacidad básica.⁶¹

En el caso concreto del tema de investigación la intervención del Estado sobre los niños y adolescentes en la dinámica familiar estaría justificada solo en los casos que no existiera otra medida alternativa *no paternalista* de proteger a las personas menores de edad. Pero al mismo tiempo derivaría de la incapacidad básica de los padres de proteger a su familia.

En estos casos se requiere de un análisis del caso concreto por medio de un proceso argumentativo en el cual se establezcan:

1.- Porque se entiende que existe una incapacidad básica por parte de la familia para proteger a los menores;

2.- Porque la intervención estatal es idónea y necesaria para evitar un daño o evitar el riesgo del daño;

3.- Porque las formas no paternalistas no son una alternativa para evitar ese daño;

⁶¹ *Ibidem*, p. 289.

4.- Porque se presume que existiría el consentimiento familiar a ser tratado paternalistamente, de no encontrarse en esa situación que la afecta.

De igual manera, estos mismos requisitos se deberían establecer para determinar en qué casos debería ser requerida la opinión de los menores de edad en los procedimientos familiares, por ejemplo:

1.- Porque se entiende que existe una incapacidad básica por parte de la familia entender los intereses subjetivos de los menores de edad;

2.- Porque la intervención estatal de requerir la participación de niño o adolescente en el procedimiento es idónea y necesaria para evitar un daño o evitar el riesgo del daño;

3.- Porque las formas no paternalistas (es decir evitar que el menor se presente ante el órgano jurisdiccional) no son una alternativa para evitar ese daño o en todo caso suponen un daño menor;

En respuesta a la segunda pregunta, se parte del supuesto de que la presencia de los niños y adolescentes en los procedimientos jurisdiccionales en materia familiar no es una medida obligatoria y estricta de cumplimiento necesario; sino que debe encontrarse justificada en el contexto de la familia en conflicto.

También debe decirse que, el hecho de que se escuche la opinión de los niños o adolescente involucrados no quiere decir que su opinión será determinante para la resolución de caso, pero como estándar mínimo debe existir la valoración por parte del tribunal de si en el caso concreto es o no benéfico la escucha del menor.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que no existe una contraposición entre el paternalismo jurídico ejercido por medio de la figura de la patria potestad y la autonomía progresiva de las personas menores de edad, siempre y cuando se ejerza con responsabilidad, con la finalidad de evitar daños del tipo físico, psíquico o económico, y tomando en consideración los intereses subjetivos de las personas tratadas paternalmente, pues de esta manera se protege de manera idónea el interés superior de la infancia.

2. El divorcio incausado explicado como una garantía secundaria

Antes de comenzar con un estudio garantista y procesal de la figura de divorcio se hará un breve repaso conceptual del término. El divorcio es definido como: “la disolución del vínculo matrimonial, decretada por la autoridad administrativa o jurisdiccional, en virtud de la cual se da por terminada la vida en común de los cónyuges y algunos de los derechos y obligaciones derivados de aquel, quedando en aptitud legal de contraer nuevo matrimonio”⁶².

Existen diversas clasificaciones de la figura del divorcio: por la autoridad que la decreta: administrativo o judicial; por su fuerza legal: vincular o no vincular; por los motivos para solicitarlo: por causales e incausado.

Debido a los cambios de la sociedad moderna, se ha transitado de un modelo de divorcio por causales (en el cual se debía expresar y acreditar en juicio el motivo por el cual se requería la disolución del vínculo matrimonial) a un sistema de divorcio incausado, en el cual más que una demanda con pretensiones, se presenta una solicitud con una propuesta de convenio, donde además no es obligatorio precisar los motivos o las causas que dan origen a la solicitud. En este sentido el divorcio incausado se conceptualiza como:

La disolución del vínculo conyugal, previa solicitud formulada, incluso, por uno solo de los conyuges, que puede ser decretada por la autoridad judicial bastando para ello con que aquel manifieste su voluntad de dar por terminado el matrimonio, sin necesidad de invocar causa o motivo alguno y sin importar la posible oposición del otro cónyuge.⁶³

Este cambio, se produjo debido al dinamismo de la sociedad actual y también para salvaguardar los intereses de los hijos del matrimonio, pues los legisladores consideraron que era inconveniente para la familia perpetuar el conflicto entre los

⁶² Silva Meza, Juan N. (coord.), *Temas Selectos de Derecho Familiar Divorcio Incausado*, 1ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p.33.

⁶³ *Ibidem*, p. 60.

cónyuges, más aun cuando la experiencia diaria hace evidente la imposibilidad de una sana convivencia.

En este sentido, el divorcio incausado es una institución que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, protege un derecho fundamental escasamente regulado en el sistema jurídico mexicano: *el derecho al libre desarrollo de la personalidad*, el cual es:

...el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado..., por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público.⁶⁴

Por lo tanto por medio de la figura del divorcio incausado se protege un derecho fundamental, que se encuentra en íntima relación con el concepto de dignidad humana a que refiere el artículo 1º constitucional, no solo por los principios de interdependencia e indivisibilidad, sino porque el libre desarrollo de la personalidad encuentra su fundamento en él.

Si bien es cierto el derecho al libre desarrollo de la personalidad no se encuentra regulado en la constitución mexicana, en el derecho comparado podemos encontrar que ha sido ampliamente interpretado por los tribunales constitucionales, como lo expone Miguel Eraña al reproducir el siguiente criterio del Tribunal constitucional Alemán, respecto al artículo segundo de la Ley de Bonn:

La Ley Fundamental quiso significar con el “libre desarrollo de la personalidad”, no sólo el desarrollo al interior de cada área de la personalidad, que distingue la naturaleza del ser humano como persona de costumbres espirituales, ya que no sería comprensible cómo el

⁶⁴ Amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 22/01/2021.

desarrollo interior de éste ámbito pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del ordenamiento constitucional de una democracia libre.⁶⁵

Se entiende al *libre desarrollo de la personalidad* como una libertad amplia, no regulada ni protegida por otras libertades, que tiene el ser humano de crear y satisfacer sus necesidades por medio de sus propias elecciones de vidas, sin inferencia ni imposiciones de terceros.

Por este motivo resulta incongruente con la realidad jurídica, con el nuevo paradigma constitucional basado en los derecho humanos y con la dignidad humana, que una persona deba permanecer en matrimonio, cuando esto atenta contra el libre desarrollo de su persona; es decir el divorcio por causales fue considerado un requisito excesivo, pues implicaba limitar la libertad de las personas y los obligaba a permanecer en un situación que coactaba su autonomía personal. Lo anterior porque:

... el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que *per se* implica el ejercicio de diversos derechos de libertad, queda ligado a la dignidad humana que a su vez, no puede ser separada de otros derechos humanos.⁶⁶

Además por medio del divorcio también se protege otros derechos fundamentales nos solo de la persona (cónyuge) sino de la familia. El derecho al libre desarrollo de la personalidad también implica un beneficio para los hijos y una correlación mutua con su derecho al sano desarrollo integral de la infancia a que refiere el artículo 4 constitucional.

⁶⁵ Eraña, Miguel, “Libre desarrollo de la personalidad en la legislación mexicana, entendiendo su significado más allá de ser el bien protegible en el delito de trata de personas” en *Temas selectos de derecho internacional y de derechos humanos*, Serie Doctrina Jurídica, No. 686, Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2014. p.137.

⁶⁶ Hernández Cruz, Armando, *Derecho al libre desarrollo de la personalidad*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2018, p. 16

Se debe recordar que el conforme al artículo 1º Constitucional, todos los órganos del gobierno mexicano tiene la obligación de promover, respetar proteger y garantizar los derechos humanos (fundamentales) contenidos en ella y en los tratados internacionales.

Como consecuencia lógica y atendiendo al *Estado Constitucional de Derecho* donde existe una división de poderes, los tribunales ejercen sus facultades de resolver controversias con la finalidad de cumplir con su cometido constitucional.

Esta facultades se ejercen por medio de la jurisdicción, entendida como: “una función soberana del Estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados y encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo”⁶⁷.

Es preciso hacer notar que el divorcio incausado, es un procedimiento especial que posee la estructura (conteniente o forma) del proceso, pero carece de su contenido (o sustancia) pues su finalidad no es la resolución de un litigio.

Con lo anteriormente explicado, se tiene la opinión de que el procedimiento especial de divorcio incausado forma parte de los *procedimientos paraprocesales*, que Cipriano Gómez Lara define así: “son los que están emparentados con el proceso, tienen ciertos paralelismos, pero no son en sí genuinos y verdaderos procesos, porque carecen de alguna de las peculiaridades o características de estos”⁶⁸.

Por eso se concluye que el procedimiento especial de divorcio incausado es un procedimiento *paraprocesal* de naturaleza familiar, que tiene como finalidad la disolución del vínculo matrimonial a voluntad de uno de los cónyuges; y que conforme a los principios de concentración y unidad constituye un solo procedimiento.

⁶⁷ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10 ed., México, Oxford, 2004, p. 97.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 370.

No obstante, lo anterior, para fines doctrinarios y académicos en el presente trabajo se dividirá el procedimiento especial de divorcio incausado en dos fases una necesaria y la otra contingente.

La primera fase (necesaria) de naturaleza *paraprocesal* que inicia con la presentación de la solicitud de divorcio incausado y que finaliza con el auto que decreta la disolución del vínculo matrimonial.

La segunda fase (contingente) en caso de que no se llegue a acuerdo en la primera fase, la cual tiene una naturaleza propiamente procesal que inicia con la presentación de las pretensiones en formato de demanda dentro de los cinco días después de notificada la resolución de divorcio y que finaliza con la sentencia definitiva.

Una vez realizado el estudio garantista y procesal del procedimiento especial de divorcio incausado se puede concluir lo siguiente: el divorcio incausado al ser una figura jurídica que se erige para proteger el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; es una institución procesal del derecho familiar en el sistema jurídico mexicano que protege una garantía primaria o sustancial.

Lo anterior es así porque, las garantías primarias son esencialmente los derechos fundamentales protegidos por la constitución, mientras que las garantías secundarias o jurisdiccionales son los mecanismos que por un lado pueden impedir o prevenir la violación de las garantías primarias o por el otro pueden anular las violaciones a las garantías primarias.

Partiendo de estos supuestos, el divorcio podría ser considerado una garantía secundaria, es decir un mecanismo procesal que el legislador creó para ayudar a la materialización del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

3. Las medidas provisionales respecto a los niños, niñas y adolescentes como forma de protección de derechos fundamentales.

Si en el apartado anterior se concluyó que el divorcio incausado es una garantía secundaria, que permite preservar el derecho fundamental al sano

desarrollo de la personalidad de los cónyuges divorciantes; es dable afirmar que las medidas provisionales son a su vez garantías secundarias (es decir instituciones procesales) que permiten salvaguardar el derecho fundamental de los niños al sano desarrollo integral.

La ruptura del vínculo matrimonial, de acuerdo con Rojina Villegas, genera diversos efectos, entre los cuales se debe distinguir los *efectos provisionales* que se producen durante la tramitación del procedimiento, y los *efectos definitivos* que se causan una vez pronunciada la sentencia ejecutoriada que resuelve de manera definitiva el fondo de la litis⁶⁹, o en su caso el convenio elevado a la categoría de cosa juzgada.

Procesalmente hablando, la materialización de los efectos definitivos del divorcio se realiza por medio de la sentencia; mientras que los efectos provisionales son materializados a través de las llamadas *medidas provisionales*.

Las medidas provisionales son determinaciones que el juez de lo familiar dicta en ejercicio de las legítimas funciones que la ley le confiere para la protección de los indefensos (en la mayoría de los casos los niños, niñas y adolescentes), y pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

El cuarto Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito, mediante tesis aislada definió a las medidas provisionales (llamándolas cautelares) de la siguiente manera:

Mecanismos autorizados por la ley para garantizar todo derecho con probabilidad de insatisfacción, mediante la salvaguarda de una situación de hecho, el apartamiento de bienes, cosas o personas para garantizar la eventual realización de la sentencia, o la anticipación de ciertos efectos provisorios de la sentencia de mérito, a fin de evitar la afectación que podría causar la dilación en la

⁶⁹ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Segundo Derecho de Familia, 7ª ed., México, Porrúa, 1987, p. 513.

resolución de la cuestión sustancial controvertida o la inutilidad del proceso mismo⁷⁰.

Es preciso realizar una aclaración en este momento, pues los términos que suelen emplearse tanto en la doctrina como en la ley para designar esta figura jurídico-procesal son muchos y muy variados, dentro de los que se encuentran *medidas precautorias*, *medidas cautelares*, *medidas preventivas* y *medidas de protección*.

En el presente trabajo de investigación se justifica el uso del término *medidas provisionales* con preferencia a todas las demás, debido a que en el del Código adjetivo Civil para el Estado de México expresa de manera textual “Artículo 5.44. Cuando se controviertan derechos de niñas, niños y adolescentes o incapaces, el juez podrá dictar las medidas provisionales que estime pertinentes para salvaguardar los derechos de aquellos...”

Siendo en materia de derechos de la infancia la más usada, a diferencia de la materia de violencia familiar donde se usa de manera genérica el de medidas de protección; o para el caso de evitar daños el de medidas preventivas.

Por otro lado, la doctrina procesal europea de manera general utiliza el término más acertado de *medida cautelar*, haciendo alusión a la prudencia con que debe actuar el juzgador para evitar la consecución de un fin o prevenir lo que pueda impedirlo; termino poco empleado por la doctrina procesal mexicana en materia civil, pero ampliamente difundida en la materia penal, lo cual podría causar confusiones.

Así el termino *medidas provisionales*, que alude justo a la temporalidad en que van a regir estas determinaciones del juez, se considera más apropiado al contexto mexicano y a la figura de estudio, por que conserva la esencia del instrumento sin demeritar las demás evocaciones del concepto.

⁷⁰ Tesis: I.4o.C.4 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época, Libro 33, agosto de 2016, Tomo IV, p. 2653.

Además, es menester hacer alusión a que de manera indiscriminada los legisladores durante el texto del condigo procesal civil utilizan todos y cada uno de los términos referidos, para designar al mismo objeto.

En este entendido, podemos afirmar como lo hace Chioventa la *medida provisional* es “un derecho del Estado, fundado en la necesidad general de la tutela del derecho y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio al caso concreto”⁷¹, porque de no hacerlo se estaría ante el eminente daño de la conservación del bien o derecho que se pretende proteger con la medida provisional.

La *medida provisional* surge como una necesidad de una de las partes en juicio, a fin de garantizar la existencia del derecho o la subsistencia del objeto que se pretende proteger; y para el caso de la materia familiar en concreto, principalmente para la subsistencia de los integrantes de la familia y los derechos que le son inherentes a su persona; porque en los casos de demora u omisión de las medidas, podría tener como resultado la perdida la vida de la persona protegida.

De esta manera podemos encontrar cuatro características comunes en todas las *medidas provisionales* que son:

- 1) Provisionalidad o provisoriedad, es decir sólo duran hasta la conclusión del juicio principal, pero en ningún caso la tramitación de la medida tiene incidencia sobre el proceso principal o afecta su desarrollo;
- 2) Instrumentalidad o accesoriedad, porque no constituyen un fin en sí mismas, sino que nacen al servicio de un proceso principal;
- 3) Sumariedad o celeridad, debido a que, por su misma finalidad, deben tramitarse y dictarse en plazos muy breves; y por regla general, sin audiencia previa de la contraparte, y;

⁷¹ Chioventa, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 1ª ed., México, Jurídica Universitaria, 2002, p. 160.

- 4) Flexibilidad, debido a que pueden modificarse cuando varíen las circunstancias sobre las que se apoyan⁷².

Estas características son comunes a todas las medidas provisionales decretadas durante el procedimiento especial de divorcio incausado, pues respecto a la instrumentalidad o también llamada accesoriedad de las medidas provisionales se denomina así a su característica porque carecen de un fin en sí mismas, no son autónomas pues se encuentran subordinadas a un proceso principal.

Además, existe una modificación respecto en lo referente al trámite, porque en general se decretan *inaudita parte*, debido a las graves consecuencias que existen en caso de demora; pudiendo ser decretadas de oficio o a petición de parte, y sin que exista la necesidad de la presentación de una contracautela que garantice el no abuso de la medida otorgada (a diferencia de su contraparte procesal civil)⁷³.

Así podemos clasificar las medidas provisionales en el procedimiento especial de divorcio incausado de acuerdo con su naturaleza en:

- 1) Las que atañen a la persona de los cónyuges, 2) Las que atañen a la persona de los hijos, 3) Las que versen respecto obligaciones de naturaleza patrimonial entre esposos, y 4) Las obligaciones patrimoniales respecto de los hijos⁷⁴.

Para fines metodológicos y de acuerdo con la delimitación del tema el presente trabajo de investigación se centrará en las medidas provisionales que versan respecto a la persona de los hijos, específicamente los derechos de custodia los niños o adolescentes, el régimen de convivencias y los alimentos.

De esta manera, y como lo habíamos vaticinado al principio del apartado, las medidas provisionales respecto a los niños, niñas y adolescentes en el divorcio incausado son (garantías secundarias) mecanismos legales cuya finalidad es garantizar la salvaguarda la persona de los hijos, principalmente su derecho a ser

⁷² Cfr. Tesis: XI.3o.31 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, febrero de 2008, p. 2349.

⁷³ Cfr. Guahon, Silvia V., *Medidas Cautelares en el Derecho de Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2011, pp. 65-71.

⁷⁴ Cfr. Galindo Garfias, óp. cit., p. 616.

protegidos, a convivir plenamente con ambos progenitores y su derecho recibir alimentos; y en las cuales se debe preservar (a las garantías primarias) los principios de autonomía progresiva, interés superior de la infancia y su derecho a ser oídos en los procedimientos que involucren sus derechos.

Estos derechos-deberes paterno-filiales ya fueron tratados anteriormente como el derecho a la guarda y custodia, el derecho a la plena convivencia y el derecho a alimentos; y se constituyen como una unidad indivisible para garantizar el sano desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes; por que ante la ausencia de uno de estos supuestos no se protegería de forma exhaustiva el interés superior de la infancia.

III. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA GARANTISTA EN LOS PROCESOS FAMILIARES

En los subtemas anteriores se han desarrollado por una parte el pensamiento Garantista de Luigi Ferrajoli dentro de la teoría general del Derecho como una corriente doctrinaria que tiene como finalidad garantizar la eficacia de los derechos fundamentales contenidos en la constitución, a efecto de que permeen en todo el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, los conceptos trascendentales para comprender la figura de estudio en el presente trabajo de investigación dentro de la del derecho familiar en general y el derecho procesal familiar en particular.

Debemos entender que la teoría garantista de Luigi Ferrajoli: “al no contemplar ningún contenido normativo específico, sino solo las estructuras formales del derecho moderno, resulta interpretable desde todos los ordenamientos que posean las mismas características”⁷⁵.

Es por este motivo que la teoría elegida para el presente trabajo de investigación es aplicable al caso de estudio, pues al igual que lo describe el autor, en México existe una creciente preocupación doctrinal por la protección de los

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia*, Tomo I, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2011, p.7.

derechos fundamentales, muestra de ello son las reformas constitucionales del año 2011.

Nuestro país se ha fijado la necesidad de implementar un sistema garantista dentro del derecho penal, y ello debe permear en todas las ramas jurídicas, pues es un paso ineludible dentro de la evolución jurídica contemporánea.

Y es por ello, por lo que los derechos fundamentales y sus garantías procesales comienzan a verse aplicado en otras jurídicas como el derecho administrativo, y mediante la presente investigación se pretende aplicar al derecho procesal familiar.

Conforme a lo estudiado en el presente capítulo, podemos señalar que, dentro del derecho familiar en el sistema jurídico garantista mexicano, el Estado se constituye como protector de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que existe una obligación por parte de la autoridad de ajustar el contenido de las normas (legalidad sustancial) al interés superior de la infancia como derecho fundamental de una clase vulnerable.

Sin embargo, no es la única forma en que el garantismo se implementa dentro del sistema jurídico mexicano, porque las tres aseercciones o formas de entender al garantismo nos permiten explorar más a fondo su contenido, estas aseercciones son:

- 1) Cuando se designa a un Modelo Normativo; esto es, un modelo de estricta legalidad, que se caracteriza por un sistema de vínculos impuestos a la potestad del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. Y al hablar de un modelo de límites se hablará de un sistema de grados de garantismo entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema.
- 2) Cuando se hace referencia a una Teoría del derecho y una crítica del derecho, pues el garantismo designa una teoría jurídica de la validez y de la efectividad como categorías distintas no solo entre sí, sino respecto a la existencia o vigencia de las normas, una visión que no es ni puramente normativista, ni puramente realista, y;

- 3) Cuando define a una Filosofía del derecho y crítica política, que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforma a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituyen la finalidad de ambos, por lo que presupone una separación entre el derecho y la moral, entre la validez y la justicia⁷⁶.

El mismo Ferrajoli al señalar que las tres acepciones de garantismo que propone “son susceptibles de ser trasladadas a todos los campos del ordenamiento jurídico”⁷⁷. Y es que los conceptos de estricta legalidad, validez, vigencia y justicia son aplicables a todos los ámbitos de los derechos.

El modelo normativo de la estricta legalidad en materia familiar se constituye como obligaciones y deberes del Estado a proteger a los miembros de la familia, en especial a los niños, niñas y adolescentes por su especial estado de vulnerabilidad, además recordemos que esta legalidad no es solo formal, sino sustancial y acorde a los derechos fundamentales contenidos constitucionalmente.

De la misma forma la validez de norma jurídica familiar es diferente a efectividad de la norma jurídica en la realidad, porque en muchos casos la resolución de los tribunales no se apega a los principios constitucionales establecidos por la ley fundamental, lo que nos lleva a confrontar esta dicotomía normativa expresada por Ferrajoli validez- efectividad en el derecho de familia.

Por su parte el garantismo propone confrontar de manera crítica la justificación interna (validez) de la norma jurídica familiar, con la justificación externa (justicia) para no confundir el plano político externo, con el derecho y así poder realizar en la rama del derecho familiar (y en todas las demás) una crítica a las ideologías políticas contenidas en el ordenamiento jurídico.

En este sentido la ley del más débil según Luigi Ferrajoli en derecho penal asume la siguiente forma:

⁷⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón...* cit., pp. 851-853.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 851

El paradigma del derecho penal mínimo asume como única justificación del derecho penal su papel de la ley del más débil en alternativa de la ley del más fuerte que regirá en su ausencia: no entonces genéricamente la defensa social, sino la defensa del más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado, y en la ejecución penal es el condenado⁷⁸.

Y cabría hacer las siguientes preguntas ¿Quién es el más débil en las controversias del derecho familiar? ¿Se debe realizar una de protección genérica a la infancia o una protección específica a cada niño/niña en particular?

Bajo esta óptica, así como Ferrajoli expresa su principio de la ley del más débil en materia penal, en el presente trabajo de investigación se pretende buscar su aplicación en los procedimientos familiares en los que se involucran niños, niñas y adolescentes, porque son justamente ellos los más débiles y los que necesitan ser protegidos, pero no se refiere a *la protección de la infancia genérica y formal de todo un país*, sino específicamente a los niños a las niñas y a los adolescente de cada caso particular resuelto por el juzgador.

Es por este motivo que debemos partir del supuesto de que los niños, niñas y adolescentes son *sujetos de derechos* y como tales tiene la facultad de intervenir en todas las decisiones en se vean afectada su esfera jurídica en razón de su edad, pero más aún en razón de su grado de madurez; sin perder de vista que también tiene derecho a que en caso de no poder (o no querer) hacerlo el Estado por medio de sus órganos proteja sus intereses.

Finalmente se debe hacer mención que también resulta aplicables al contexto de los procesos familiares en México, las tesis propuestas por Ferrajoli respecto al principio de equidad.

⁷⁸ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal*, cit., p. 22.

El poder discrecional del juzgador es parte integrante de sus facultades como órgano impartidor de justicia, necesariamente emitir juicios de valor es parte medular de su puesto, y el mismo autor italiano nos refiere que sería imposible imponerle límites objetivos, sin embargo, expresa que pueden otorgarse dos indicadores: el método y el contenido.

Respecto al *método*:

...se puede y se debe pretender que los juicios en que se apoya la connotación no sean sobrentendidos, sino explícitos y motivados con argumentos pertinentes que evidencien las inevitables premisas valorativas de los mismos.

Respecto al *contenido*:

...el objeto de la connotación judicial debe limitarse al hecho enunciado y no extenderse a consideraciones extrañas a él. En consecuencia, a los fines de la connotación están excluidas consideraciones o juicios en materia de prevención o defensa social: puesto que dentro de un sistema garantista la función judicial no puede tener otros fines que la justicia del caso concreto ⁷⁹.

Esto aplicado a la resolución de controversias en materia de derecho familiar se podría traducir de la siguiente manera:

Respecto a aplicar los juicios de equidad en la resolución en que se involucren niños, niñas y adolescentes, acorde al *método* el juez familiar no debe dar por sobreentendido las necesidades de los niños, niñas y adolescentes (por ejemplo, a vivir necesariamente con la madre), sino que debe explicar y motivar su resolución con argumentos pertinentes y basado en su conocimiento del caso concreto atendiendo incluso la opinión de los niños.

Ello también ocurre con el derecho de los niños a participar en los procedimientos judiciales, pues el juzgador no puede dar por sentado una edad para

⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón...* cit., pp. 450.

que el menor ejerza o no ese derecho, sino que debe estudiar cada caso concreto para determinar si es viable o no el ejercicio de ese derecho, explicando y motivando la resolución correspondiente.

En lo que concierne al *contenido*, las consideraciones y resoluciones que tome el juez familiar para salvaguarda el interés superior de la niñez, no deben basarse en consideraciones respecto en lo que sería mejor para la sociedad como ente abstracto, sino las de otorgar a los niños, niñas y adolescentes involucrados el mejor acceso a un desarrollo sano, es decir, de valorar la situación de los menores en el caso concreto y no como se resolverían la mayoría de los casos.

Para poder entender si los tribunales familiares en el Estado de México llevan a cabo un juicio de equidad conforme lo propone la teoría garantista, se debe estudiar primero el derecho positivo familiar vigente en la entidad, pues como ya se explicó, el principio de equidad no existe sin el principio de legalidad.

CAPÍTULO DOS

SISTEMA JURÍDICO MEXICANO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En el capítulo anterior se identificaron los conceptos principales y las teorías por medio de las cuales se va a bordar la presente investigación; por ello en este apartado se estudiarán las normas jurídicas que regulan al objeto de estudio: la legislación vigente en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Estado de México, así como en el procedimiento especial de divorcio incausado.

Para corroborar la validez de la norma, este análisis de la legislación aplicable se realizará de manera jerárquica, desde las normas constitucionales, los tratados internacionales, pasando por los códigos tanto sustantivo como adjetivo, hasta las leyes especiales en el Estado de México que regulen los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Se realizará de esta manera, porque conforme a la teoría garantista, los derechos fundamentales contenidos en la constitución de un país imponen la *validez sustancial y formal* dentro del ordenamiento jurídico, en este sentido es transcendental estudiar la sustancia constitucional en el derecho familiar.

I. NORMAS CONSTITUCIONALES APLICABLES AL DERECHO FAMILIAR Y AL DERECHO DE LA INFANCIA

1. Los derechos humanos en general

Antes de iniciar con el contenido del presente apartado, es menester precisar dos conceptos que pueden presentar problemas de interpretación y rigor metodológico en esta investigación: los derechos humanos y los derechos fundamentales.

De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1º señala: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los *derechos humanos* reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte ...”;

Por otra parte, durante el desarrollo del marco teórico, se ha hecho referencia a los llamados *derechos fundamentales*. Cabe hacer la precisión, pues si bien es cierto los derechos humanos y los derechos fundamentales son diferentes doctrinalmente hablando; en el actual contexto del sistema constitucional mexicano, estas diferencias se están diluyendo, generando debates prácticos sobre su naturaleza.

La idea de los derechos humanos parte de una concepción iusnaturalista, postura que durante el siglo XIX se encontraba opuesta a la concepción positivista de los derechos fundamentales; mientras que los primeros son considerados como *ideales morales* que le corresponden al hombre por el simple hecho de serlo; los segundo son representados como facultades plenamente reconocidas por el Estado y formalizadas por los procesos legislativos correspondientes.

Esto implicaba en la realidad jurídica, que podían existir derechos humanos positivados en las constituciones y por lo tanto trascendían (por llamarlo de alguna forma) a la categoría de fundamentales y por otro lado podían existir derechos humanos que fueran reiteradamente violados por no encontrar sustento dentro del derecho positivo vigente.

La problemática de los derechos fundamentales consiste en que solamente tienen aplicación los que son regulados desde el contexto normativo, es decir, puede ser que un derecho no se encuentre regulado y, por tanto, no tenga aplicación al no ser fundamental. Es la continuación de la teoría positivista de los derechos humanos y, por ende, el problema de reducirlos a fundamentales, pues solamente se está legitimando la imposibilidad de regulación⁸⁰.

Sin embargo actualmente en nuestro país, a partir de la reforma constitucional del año 2011, se implementó la figura denominada *bloque de constitucionalidad*, lo

⁸⁰ Obregón Salinas, Gonzalo L., *Lo teórico y lo práctico de los Derechos Humanos*, 1ª ed., México, Thomson Reuters, 2018, p. 56.

cual implica ampliar el catálogo de derechos humanos (positivados en la constitución convirtiéndolos en derechos fundamentales), no solo a los contenidos en el texto constitucional, sino también a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que Estado mexicano es parte firmante.

Con esta inclusión de derechos humanos contenidos en los tratados por medio del *bloque de constitucionalidad* (que deriva del primer párrafo del artículo 1 en relación con en 133 ambos de la constitución), se ha generado la positivación de derechos humanos en una extensión que durante el siglo pasado era inimaginable.

Este *bloque de constitucionalidad* trae consigo la idea de que, el modelo clásico de la jerarquía normativa es insuficiente para explicar su aplicación pues los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos⁸¹.

Bajo este orden de ideas, tomando como antecedente que el garantismo busca que exista una protección amplia a los derechos fundamentales del hombre, y que ello supone necesariamente permear al sistema jurídico de los contenidos constitucionales primordiales a los cuales Ferrajoli denomina *validez sustancial*; es que se puede concluir que “el garantismo busca la positivación de los derechos humanos generando los derechos fundamentales”⁸².

Por tal motivo, una vez hecha la aclaración pertinente, sin el ánimo de ser exhaustivos y a efecto de dotar de claridad conceptual; en el presente cuerpo epistémico se usará el concepto de derecho fundamental, en el entendido de que nos estaremos refiriendo a los derechos humanos positivados en la constitución mexicana, así como en los tratados internacionales.

⁸¹ Contradicción de Tesis 293/2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 04/10/2018, p. 30 <http://207.249.17.176/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>

⁸² Obregón Salinas, óp. cit., p. 61

Una vez dilucidado lo anterior y antes de continuar con la materia constitucional en su parte general, también cabe hacer mención el párrafo segundo del mismo artículo primero se establece:

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

Del citado párrafo derivan dos figuras de vital importancia para el derecho interno y que tiene impacto en todas las ramas jurídicas: *el principio pro-persona y la interpretación conforme*, al respecto del primero: “El principio pro persona constituye una clave de la interpretación hacia la protección más amplia de los derechos y acompaña a la interpretación conforme al exigir que se opte por la interpretación más amplia de los derechos”⁸³.

En este orden de ideas, el principio pro-persona tiene dos vertientes en la práctica jurídica, por un lado, refiere a conflicto de normas aplicables y por el otro lado a la interpretación de las normas; a su vez cada una de estas vertientes tiene dos variables, una cuando se tenga que aplicar en la protección de derechos humanos y otra cuando se tenga que aplicar en la restricción de derechos humanos.

Así las cosas, en caso de tener un conflicto de normas aplicables en materia de derechos humanos, se deberán aplicar la norma que más favorezca a la protección de ese derecho humano o en su caso la norma que menos restrinja ese derecho humano.

Por otro lado, en caso de que la norma sobre derechos humanos admita diversas interpretaciones; el aplicador de la norma deberá optar por la

⁸³ Meza Silva, Juan N., “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”, en Sepúlveda, Ricardo et al. (coord.) *Derecho Constitucional de los Derechos Humanos. Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012, p. 85.

interpretación de la norma que proteja mejor al derecho humano, o en su caso, la interpretación de la norma que menos restrinja el derecho humano.

Como se puede observar más adelante de los argumentos vertidos en la contradicción de tesis 293/2011, se entiende que existen cuatro postulados de aplicación del principio pro-persona:

- 1) En caso de con conflicto de normas aplicables en materia de derechos humanos, se aplicará la norma que sea más protectora al derecho humano.
- 2) En caso de diversas interpretaciones sobre un derecho humanos se aplicará la interpretación más protectora al derecho humano.
- 3) En caso de con conflicto de normas aplicables en materia de derechos humanos, se aplicará la que sea menos restrinja al derecho humano.
- 4) En caso de diversas interpretaciones sobre un derecho humanos se aplicará la interpretación que menos restinga al derecho humano⁸⁴.

El principio pro-persona se erige como un método interpretativo de principios constitucionales, que permite resolver conflictos aplicativos de derechos humanos independientemente de su jerarquía normativa. Bajo este principio lo que importa no es la posición jerárquica de la norma aplicable, sino la intensidad de protección del derecho humano.

Por otro lado, la interpretación conforme “...impone a los jueces la obligación de procurar la armonización, complementariedad, e integración de las normas constitucionales y convencionales con aquellas que proviene de fuentes de menor jerarquía normativa”⁸⁵.

Respecto a este segundo método interpretativo contenido en el párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución, de acuerdo con las consideraciones realizadas por la Suprema Corte en el expediente varios 912/2010 nacido a raíz del

⁸⁴ Contradicción de Tesis 293/2011, óp. cit., pp. 46, 47, 51 y 58.

⁸⁵ Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre los derechos humanos. Una guía conceptual*, 1ª ed., México, Porrúa, 2014, p. 53.

caso Rosendo Radilla vs Estados Unidos Mexicanos, se concluyó a grandes rasgos que:

- 1) Todos los jueces del país, así como todas las autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (a esto se le denomina interpretación conforme en sentido amplio)
- 2) Que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento (a esto se le denomina interpretación conforme en sentido estricto);
- 3) Sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse⁸⁶.

Como podemos observar a raíz de lo expuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “el propósito principal de esta figura no es servir de instrumento para invalidar o dejar de aplicar normas vigentes, sino armonizarlas normas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos”⁸⁷.

Esta armonización se debe realizar porque como ya se explicó anteriormente, los derechos humanos contenidos en el bloque de constitucionalidad no se relacionan en términos jerárquicos, pero ello no implica que los derechos humanos

⁸⁶Expediente Varios 912/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 04/10/2018, pfo. 33, http://www.dplf.org/sites/default/files/scjn_-_expediente_varios_912-2010_0.pdf.

⁸⁷ Salazar Ugarte, óp. cit., p. 65

sean elementos ajenos al sistema jurídico sino elementos de protección complementarios, que permeen en todas las ramas del derecho.

Ahora bien para finalizar el estudio del artículo 1º constitucional, también debe abordarse su parrado tercero que ha letra dice:

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

En el citado precepto constitucional se hace referencia a las obligaciones que tiene toda autoridad que forma parte integrante del Estado mexicano, esto es el deber constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

Un *Estado Constitucional de Derecho* debe erigirse sobre un compromiso solido de respetos y promoción de derechos humanos, pues solo de esa manera pueden implementarse las garantías primarias y secundarias a las que se refiere el garantismo. La Comisión Nacional de Derechos Humanos ha expresado respecto a las obligaciones en materia de derechos humanos lo siguiente:

Respetar. Las autoridades están obligadas a no interferir, obstaculizar o impedir el goce de los derechos humanos. La obligación de respeto que debe cumplir la autoridad se puede entender también como la abstención de realizar actos u omisiones que lesionen los derechos humanos, pues ellos sirven como un muro de protección frente a las actuaciones de la autoridad, sea ésta judicial, legislativa o administrativa.

Promover. Todos los servidores, dentro de sus competencias, deben difundir información a las personas sobre sus derechos humanos.

Proteger. Esta obligación consiste en que los servidores públicos tienen que adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos

humanos, incluso frente a particulares; es decir, deben impedir que alguien viole tus derechos humanos.

Garantizar. Las autoridades se encuentran obligadas a otorgar los mecanismos necesarios para asegurar el libre y pleno ejercicio de tus derechos humanos y de esta forma evitar que sean vulnerados.⁸⁸

En este sentido se corrobora de nueva cuenta que el Estado mexicano aspira a convertirse a convertirse en un *Estado Constitucional de Derecho* como el que refiere Ferrajoli, pues el garantismo entiende que la protección de los derechos fundamentales (derechos humanos positivizadas en la Constitución y los tratados internacionales), implica ampliar su protección a los todos los órganos del Estado (obligación de respetar y promover) e incluso de protegerlos contra los poderes privados (obligaciones de proteger y garantizar).

Por lo anterior se puede concluir que en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, conforme al artículo 1º constitucional; Todas las autoridades que conforman el Estado mexicano tiene la obligación de respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes contenidos en la constitución mexicana y los tratados internaciones, aplicando en todo momento el principio pro-persona y la interpretación conforme.

2. Derecho familiar constitucional

Ahora bien, como se ha observado, hasta el momento no se han tratado temas referentes al derecho de familia, ni al derecho procesal familiar, por lo cual puede surgir la interrogante: ¿Esto cómo afecta al objeto de estudio en la presente investigación?

La respuesta es clara, pues el bloque de constitucionalidad, el principio pro-persona, el método de interpretación conforme y las obligaciones del estado en

⁸⁸ Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Derechos Humanos en el artículo 1º constitucional: obligaciones, principios y tratados*, 1ª ed., México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015, pp. 19 y 20.

materia de derechos humanos; se constituyen como garantías de los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

Estas *garantías constitucionales* aplican a todas las materias del derecho, en sentido amplio, forman parte del acervo de conocimiento jurídico mínimo que todo jurista debe conocer y aplicar, más aún en materia familiar donde el orden público y el interés social son medulares.

Propiamente en la materia de estudio respecto a los niños y adolescentes se abordaran los siguientes temas en materia constitucional: el interés superior de la infancia como principio constitucional y el derecho fundamental a un sano desarrollo integral de la niñez.

Por otra parte, es importante también abordar los derechos que integran al debido proceso, pues también son derechos fundamentales contenidos en diversos instrumentos tanto nacionales como internacionales.

Dentro de la materia familiar, se encuentra en la Constitución específicamente en el artículo 4º los siguientes derechos fundamentales:

- 1) El derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer (párrafo primero);
- 2) El derecho a la protección de la familia y a su autonomía (párrafo primero);
- 3) El interés superior de la niñez (párrafo noveno), y;
- 4) El derecho a la protección de la niñez tanto por el Estado como por los particulares (párrafos decimo y onceavo).

Por lo que respecta al derecho constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer, esta igualdad refiere a ambas aserciones jurídicas de la palabra: la igualdad sustancial y la igualdad formal.

Fix-Zamudio relata que “en la exposición de motivos de dicha reforma, se argumentó elevar a rango constitucional estos derechos, fortalece las posibilidades

de elevación humana y realización plena de los componentes de la familia sobre las bases de igualdad operante y legalmente protegida”⁸⁹.

En consecuencia, en lo referente a las relaciones familiares este derecho se traduce en las mismas oportunidades de ambos progenitores en participar en la vida, desarrollo y educación de los hijos, aun en los casos de separación de la pareja.

Por lo que corresponde a la protección de la familia, ya se ha hecho referencia en el capítulo anterior al interés que tiene el Estado en el fortalecimiento, preservación y cuidado de esta institución jurídica. Finalmente entendemos que la Constitución no hace más reconocer la importancia jurídica de este fenómeno biológico y social.

Únicamente cabría agregar que “históricamente a la familia se le ha considerado la célula de toda sociedad, y el enunciar constitucionalmente una serie de derechos que tutelarán y robustecerán las posibilidades de superación y pleno desarrollo integral de sus miembros era necesario”⁹⁰.

De esta misma manera así como el Estado debe proteger a la familia, también debe respetar la facultad familiar de autodeterminarse, para instaurarse en el modelo que mejor permita el desarrollo de sus integrantes de manera monoparental, biparental, familia ampliada entre otros modelos, siempre en miras de la protección de sus integrantes y de las personas menores de edad.

La intervención del Estado en la dinámica familiar debe ser una medida de excepción plenamente justificada, pues de otra manera causaría más daños que beneficios en sus integrantes (en especial a los niños).

En este sentido especial mención requiere hacerse respecto al interés superior de la infancia en el presente trabajo de investigación, pues el Comité de los Derechos del Niño, dependiente de la Organización de la Naciones Unidas

⁸⁹ Fix-Zamudio, Héctor, et al, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 9ª ed., México, Porrúa, 2017, p. 433.

⁹⁰ Cfr. Fix-Zamudio, óp. cit., p. 434.

(ONU) ha cuestionado reiteradamente los avances que México ha tenido en la materia, desde la publicación en México el 28 de noviembre de 1990 de la Convención sobre los derechos del niño.

Se debe recordar que esta reforma constitucional respecto a los derechos de los menores de edad se integró plenamente en el año 2000, a raíz de una recomendación motivada por el incumplimiento del Estado mexicano respecto a sus obligaciones legislativas en la materia⁹¹, esto quiere decir que México legisló constitucionalmente sobre el interés superior de la niñez diez años después de que entrara en vigor la Convención sobre derechos del niño.

Para la adición al artículo 4, el constituyente mexicano se inspiró en las normas y acciones para la tutela jurídica y asistencia social de la niñez con la finalidad de responder a los compromisos contraídos por nuestro país, particularmente en la Convención sobre los derechos del niño, publicada en el Diario Oficial de la Federación desde el 31 de julio de 1990⁹².

Constitucionalmente hablando se entenderá al interés superior de la niñez como un principio, y por lo tanto:

Como una herramienta interpretativa fundamental para ampliar la esfera de protección de los derechos de las niñas y los niños. En la medida en que sea coherente con los principios en los que descansa, permitirá el desarrollo progresivo de los derechos de las niñas y los niños⁹³.

Por lo anterior se puede decir que el artículo 4º constitucional en su párrafo noveno contiene tanto el derecho fundamental de los niños y adolescente a un sano desarrollo integral; como el principio denominado interés superior de la infancia que

⁹¹ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño realizadas a México respecto al Segundo Informe periódico de fecha 10 de noviembre de 1999, pfo. 10 y 17.

⁹² Fix-Zamudio, óp. cit., p. 437.

⁹³ Ortega Soriano, Ricardo A., *Los Derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 1ª ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 41.

tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de este derecho. En su conjunto ambos se constituyen como un límite de lo decidible por el legislador, por el juez y por los padres respecto a los que concierne a los derechos de la infancia.

Por ello, el interés superior de la infancia como principio constitucional aplicado para la interpretación normas jurídicas será una guía para que los juzgadores y aplicadores del derecho busquen la maximización de los beneficios de los niños y adolescentes en el plano jurídico; mientras que como derecho fundamental al sano desarrollo integral se constituirá como eje rector de la validez sustancial que debe contener toda norma respecto a los derechos de los niños adolescentes independientemente de su materia.

No debe perderse de vista que este sano desarrollo integral de la infancia conlleva al mismo tiempo, un desarrollo progresivo de la madurez de los niños y adolescente, así como de su grado de autonomía e independencia; concepto no solo reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino también por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Sin embargo esta autonomía progresiva y el consecuente derecho a la participación de los niños en los procedimientos que afecten su esfera jurídica, tiene un límite que es precisamente el interés superior de la infancia, habrá casos en los que la opinión del menor no deba ser desahogada o en lo que a pasar de su grado de madurez su opinión no tenga un valor determinante en miras de favorecer su protección integral.

3. Derechos procesales constitucionales aplicables al derecho familiar

Por otro lado, en lo que respecta a los derechos procesales aplicables al proceso familiar, y los cuales serán estudiados para la presente investigación se encuentran:

- 1) La garantía de audiencia, ser oído y vencido en juicio (art. 14 párrafo primero)
- 2) El principio de legalidad (art. 14 párrafo primero)
- 3) Estricto derecho en materia civil y aplicación de principios generales de derecho (art. 14 párrafo tercero)

- 4) Fundamentación y motivación (art. 16)
- 5) Acceso a la justicia pronta e imparcial (art. 17 párrafo segundo)
- 6) Prevalencia de la solución de conflictos sobre los formalismos (art. 17 Párrafo tercero)
- 7) Igualdad entre las partes (art. 17 Párrafo tercero *a contrario sensu*).

En lo que respecta a la garantía de audiencia se denomina así:

Al derecho que el artículo 14 constitucional otorga a toda persona para que previamente a cualquier acto de autoridad que pueda llegar a privarle de sus derechos o posesiones, se le dé la oportunidad razonable de defenderse en juicio, de probar y de alegar ante tribunales...⁹⁴.

Si bien, la regla general en los actos de autoridad es que se debe dar al gobernado derecho para defenderse del acto privativo; debe tomarse en consideración que, en determinados supuestos, este derecho tiene excepciones en vista de intereses superiores al del particular afectado.

Tal es el caso de las medidas provisionales dictadas por los tribunales familiares en las controversias del derecho familiar que involucran a los niños y adolescentes. Los jueces pueden tomar determinaciones de carácter provisorio, urgente e inmediato, para garantizar el sano desarrollo de los menores de edad; sin que esto sea considerado violatorio de la garantía de audiencia.

Sin embargo, esto de ninguna manera quiere decir que se deja en estado de indefensión a alguna de las partes, pues la ley debe otorgar al particular que sufre el acto privativo de *oportunidad razonable de defenderse en juicio*, y por tanto la posibilidad de modificar en algún estadio procesal, las resoluciones que pudieran constituirse como excesivamente gravosas.

⁹⁴ Ovalle Favela, José, *Garantías Constitucionales del Proceso*, 1ª ed., México, McGraw-Hill, 1997, p.58.

En conclusión, la excepción se constituye, no como definitiva sino como precautoria a situaciones de hecho que, de concretarse, ocasionaría daños irreparables a los niños y adolescentes.

Por lo que respecta al principio de legalidad en materia civil, cabría hacer mención que, si bien es cierto el derecho familiar forma parte materialmente del derecho civil, respecto a su procedimiento o forma existen divergencias fundamentales.

“En materia civil la falta de ley aplicable al caso se resuelve mediante la aplicación, por parte del juzgador de los principios generales del derecho”⁹⁵; pero en la materia familiar, esa rigidez legal no es aplicable.

El proceso familiar es dinámico y flexible, además las normas de derecho familiar deben procurar la solución de conflictos por encima de los formalismos legales, pues no es una materia en la que se exija la aplicación del *estricto derecho*.

Este argumento encuentra sustento en el artículo 17 constitucional párrafo tercero, y la materia familiar es donde más cobijo ha encontrado este dispositivo constitucional.

Continuando con nuestra exposición, en un *Estado constitucional de derecho* el deber de la autoridad de fundar y motivar la causa de su proceder es indispensable para preservar los ideales sobre los cuales se cimienta un gobierno garantista.

La exigencia de *fundamentación* ha sido entendido como el deber que tiene la autoridad de expresar, en el mandamiento escrito (y actualmente orales), los preceptos legales que regulen el hecho y las consecuencias jurídicas que pretenda imponer el acto de autoridad; y la exigencia de *motivación* ha sido referida a la expresión de las razones por las cuales la autoridad considera que los hechos en que se basa se encuentran *probados* y que son

⁹⁵ Ovalle, óp. cit., p. 76.

precisamente los previstos en la disposición legal que afirma aplicar⁹⁶.

En materia familiar el deber de la autoridad de expresar los preceptos legales aplicables al caso concreto y el deber de exponer las razones por las cuales se considera que estos hechos configuran la hipótesis normativa; no se encuentra en conflicto con la necesidad de procurar la solución de conflictos por encima de los formalismos legales.

De hecho, contribuye a esta finalidad, pues conocer los supuestos jurídicos aplicables al caso en controversia implica poder defenderse correctamente de los actos de autoridad, impregnando la contienda de un ambiente de equidad entre los contendientes.

En el caso de las medidas provisionales respecto a los niños y adolescentes, una correcta fundamentación y motivación permite que la igualdad de armas procesales genere tanto los argumentos a favor y en contra de los padres, y esta postura dialéctica permite al juzgador (al menos en la teoría) tener una mayor perspectiva para mejor proveer.

Por otra parte, se debe estudiar también el derecho a la justicia pronta y expedita que en la doctrina ha sido denominada como *derecho a la tutela jurisdiccional* de la siguiente manera:

Es un derecho público subjetivo que toda persona tiene para acceder a tribunales independientes e imparciales, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable, en el que se respeten los derechos que corresponden a las partes...⁹⁷.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 196.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 289.

Se debe recordar que la constitución no debe ser interpretada de manera aislada sino en su conjunto, de manera sistemática y armónica todo ello conforme a los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte.

Por este motivo el derecho a la tutela jurisdiccional debe ser estudiado junto con las demás garantías procesales, que hemos estudiado y con los demás principios de derecho aplicables al caso concreto. En esta investigación, estos principios son justamente el interés superior de la niñez, y el principio de autonomía familiar.

Por ello con la definición antes dada, podemos concluir que el derecho a la tutela judicial en materia familiar sería: el derecho público subjetivo que todo miembro de la familia tiene para acceder a tribunales independientes e imparciales, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable, en el que se respete el interés superior de la niñez, la igualdad procesal de las partes, y la autonomía familiar.

Por otro lado, se considera que el derecho procesal de igualdad entre las partes se encuentra contenido en el artículo 17 constitucional párrafo tercero a *contrario sensu*, debido a que a letra dice: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”.

De lo cual entendemos que los medios alternativos de solución de controversias son considerados la mejor manera de terminar los conflictos jurisdiccionales; pero ello no significa que el acuerdo alcanzado viole los principios procesales y menos aún el interés superior de la infancia.

La interrogante que se nos presenta es la siguiente ¿es verdad que en medios alternativos de solución de controversias se protege correctamente el interés superior de la infancia? O los juzgadores se están limitando a una protección genérica y formal delimitada por la ley del interés superior sin adecuar al caso concreto. Esto se revisará más a fondo en el tercer capítulo.

II. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Antes de iniciar el tema de los tratados internacionales es pertinente hacer una reflexión respecto al artículo 133 constitucional que nos habla respecto a la supremacía constitucional y la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico mexicano.

Como se estudió en el tema anterior los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es firmante, forman parte en conjunto de los derechos humanos contenidos expresamente en la constitución a lo cual se le denomina *bloque o parámetro de constitucionalidad*.

Estos derechos humanos positivados por el constituyente reformador son derechos fundamentales; y en este sentido conforman las *garantías sustanciales* sobre las que se funda todo el ordenamiento jurídico mexicano, pues este *bloque de constitucionalidad* debe permear de *validez sustancial* a las normas inferiores (todo esto conforme a lo preceptuado por los art. 1 y 133 constitucionales).

Pero también debemos recordar que conforme a la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se estableció que los derechos humanos no se relacionan entre ellos en términos jerárquicos (de ahí la idea del bloque), sino que constituyen un todo independientemente de su origen (constitucional, internacional e incluso de la legislación local).

Esto se corrobora con la aplicación del principio pro-persona pues en los casos en que un tratado internacional concediera una protección a un derecho humano más amplio que la misma Constitución (o una restricción menos lesiva), se estará a lo dispuesto por el tratado y no por ello se considerara que la Constitución perdió su supremacía en el ordenamiento jurídico.

Ello es así porque es la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la que prevé expresamente este supuesto, en miras de proteger mejor los derechos humanos de sus gobernados.

Así entonces, es importante estudiar también en materia familiar y de derechos de la niñez a los derechos humanos contenidos en los instrumentos

internacionales, pues de lo contrario nuestro estudio se encontraría incompleto, al no atender a esta nueva realidad jurídica.

Bajo este orden de ideas en lo que respecta a los derechos de los niños y adolescentes con la suscripción la Convención sobre los derechos del niño (de ahora en adelante solo Convención) se creó un órgano internacional dependiente de la ONU denominado Comité de los Derechos del Niño, al cual de manera periódica los países signatarios de la Convención debían informar sus avances nacionales en materia de protección de las personas menores de edad.

Respecto al Estado mexicano, el Comité ha externado su preocupación en reiteradas ocasiones en lo concerniente a su implementación efectiva y a tiempo en todos los niveles de gobierno, pues no se ha armonizado las legislaciones locales con la Ley General de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes⁹⁸.

En este sentido no puede ser coincidencia que el 7 de mayo del 2015 se promulgara en el Estado de México la Ley de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado de México, misma que abrogaría a la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes en el Estado de México; en un intento acelerado de armonizar la legislación federal con la local.

Fuere cual fuere el motivo, el impacto que tiene el Comité en las políticas públicas y legislativas en materia de derechos de menores es innegable. De ahí, que se tenga tomar en consideración sus opiniones consultivas y observaciones, en este sentido:

El Comité ha identificado los artículos 2o, (principio de no discriminación), 3o, (principio del interés superior de la niñez), 6o, (derecho a la vida, desarrollo y subsistencia) y 12 (derecho del niño a expresar su opinión y ser escuchado) como principios generales

⁹⁸ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México de los días 19 y 20 de mayo del 2015, pfo. 7.

que deben tenerse en cuenta para interpretar aplicar y hacer respetar todos los demás derechos contenidos en la Convención⁹⁹.

Así es como el artículo 3 en su párrafo primero expone que para toda medida o decisión sea pública o particular deberá tener como consideración primordial el interés superior del niño y cabe aclarar que:

Este principio puede adquirir connotaciones distintas en contextos culturales diferentes, señalando, a título de ejemplo que en los países altamente industrializados el interés superior de la niñez puede considerarse vinculado a aquellas medidas que estimulen al máximo su autonomía e individualidad, mientras que en países más tradicionales, puede predominar la noción que dicha autonomía debe estar subordinada, en aras del propio interés superior del niño, a las necesidades de la familia y la comunidad¹⁰⁰.

Pero independientemente de la connotación cultural que se dé a concepto de *interés superior de la niñez*, este tiene como objetivo el desarrollo integral de los niños, mientras que se constituye como un límite de lo decidible o no decidible, por el legislador, por el juez y por los padres (e incluso de lo decidible por propio niño en uso de su autonomía progresiva), limite mediante el cual los derechos de los niños y adolescentes encontraran reconocimiento en cada caso concreto.

Como consecuencia inmediata de lo anterior, para salvaguardar los intereses de los menores de edad y procurar su sano desarrollo, los Estado tiene la obligación de respetar a la institución familiar de los niños y niñas, así como de respetar el deber de cuidado, educación y protección de los padres hacia los hijos atendiendo siempre a la evolución progresiva de sus capacidades cognitivas.

Esta es la esencia del artículo 5 de la Convención y del cual D'Antonio señala: "el artículo en comentario se destaca en cuanto constituye el reconocimiento de la

⁹⁹ García Chavarría, Ana Belem, *La Convención sobre los Derechos del Niño*, Fascículo 8, 1ª ed., CNDH-México, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, 2015, p. 23.

¹⁰⁰ Pilotti, Francisco, *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*, 1ª ed., Santiago de Chile, Cepal-Eclac, Naciones Unidas, 2001, p.61.

familia, en su función directriz y orientadora apropiadas para que ejerza los derechos que le son reconocidos”¹⁰¹. En este sentido la Convención reconoce la importancia de la institución familiar para el desarrollo de la personalidad de la niñez, pero igual de importante es el reconocimiento de la autonomía progresiva reconocida en este artículo pues el Comité de los derechos del niño ha señalado:

El artículo 5 se basa en el concepto de "evolución de las facultades" para referirse a procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor. Respetar las facultades en desarrollo de los niños pequeños es esencial para la realización de sus derechos, y especialmente importantes durante la primera infancia, debido a las rápidas transformaciones que se dan en el funcionamiento físico, cognitivo, social y emocional del niño, desde la más tierna infancia hasta los inicios de la escolarización¹⁰²

Esto confirma la idea de que entre las responsabilidades paterno-filiales que nace de la filiación y el nivel de madurez de las personas menores de edad existe una complementación (decreciente de la autoridad paternal y progresiva de la capacidad del niño), en la cual no debe intervenir el Estado salvo en casos de excepción. No obstante lo anterior, se reitera que la opinión del menor de edad no será siempre determinante, sino más bien orientativa.

Continuando con la exposición y relacionado con el tópico anterior resulta el artículo 8 en que concierne al deber del Estado mexicano de respetar el derecho del de los niños, entre otros, a su derecho a las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Pues incluso la misma Convención señala que en caso de que sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad (como lo es las relaciones

¹⁰¹ D’Antonio, Daniel H., *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001, p. 54.

¹⁰² Observación General No. 7, óp. cit., pfo. 17.

familiares con ambas ramas), los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Es interesante que, para la Convención las relaciones familiares constituyan un elemento de identidad de los niños, niñas y adolescentes, pues ello trasciende en que, al vulnerar su derecho a la plena convivencia con ambas ramas familiares, también se vulnera su derecho a la identidad.

Sin embargo, ello no es de sorprender por que “en atención a la relevancia de este derecho fundamental (derecho a la identidad) y su consustanciación con la con la persona misma, la proyección se extiende a prácticamente la totalidad del articulado”¹⁰³ de la Convención.

El tema medular para el presente trabajo de investigación se encuentra contenido en los artículos 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pues mientras el artículo 9 trata el derecho a la intermediación física paterno-filial y el derecho del niño al contacto con el progenitor que no convive con él; el artículo 18 complementariamente prescribe la responsabilidad de ambos padres en la crianza y desarrollo del niño, así como la obligación de Estado de apoyar las funciones paternas, remitiéndonos nuevamente al principio de autonomía familiar.

El derecho a la intermediación física paterno-filial en México, es una consecuencia directa del deber de protección y cuidado que deriva de la patria potestad que ejerce los padres sobre los hijos.

Este derecho-deber, que comporta el plexo jurídico que integra la autoridad de los padres como el basamento factico que asegura la satisfacción de los restantes, adquiere matices propios, con independencia de los deberes de cuidado y vigilancia y los referidos a la asistencia material del hijo¹⁰⁴.

¹⁰³ D’Antonio, óp. cit., p. 84.

¹⁰⁴ *Ibíd*em, p. 89.

Sin embargo y como es sabido en los casos de separación de la pareja estas prerrogativas de la patria potestad tienden a escindirse, pues no pueden coexistir en la misma medida y modalidad en que se ejercía hasta antes de la separación, y es por ello por lo que la Convención integra en el mismo numeral, el derecho del niño al contacto con el progenitor que no convive con él, ello con la obvia excepción de que esta convivencia fuera perjudicial para el interés superior de la niñez.

En este sentido es común en la práctica limitar el derecho de convivencias y vistas (que es otro derecho escindido de la patria potestad), por la simple manifestación de una de las partes de que existe violencia doméstica, y aun no existiendo estas manifestaciones el régimen se dicta escasamente un fin de semana de cada quince días.

Cabría hacer la pregunta de si este régimen de convivencias y visitas de un fin de semana de cada quince días es suficiente para preservar el derecho del niño al contacto con el progenitor que no convive con él y su interés superior.

Bajo ese contexto en el cual se ahondará en el planteamiento del problema: “Aparece entonces razonable los reclamos de padres alejados injustamente de sus hijos, y son sumamente preocupantes las consecuencias sufridas por niños apartados de la figura paterna por el obrar antijurídico del progenitor tenedor”¹⁰⁵.

Este derecho al pleno contacto con ambos progenitores deviene en una responsabilidad de ambos padres en la crianza de los hijos en común, cuya sustancia se encuentra contenida en el artículo 18 de la Convención y que fue adoptada en el artículo 4 constitucional.

Ambas disposiciones normativas refieren a plano de igualdad en que se encuentran ambos padres para el cumplimiento de este deber, pues ninguno de ellos debe ser excluido y para su eficaz cumplimiento se requiere de la adopción de medidas conjuntas¹⁰⁶.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, p. 92. v

¹⁰⁶ Cfr. *Ibíd*em, pp., 127 y 128.

Conforme a nuestro derecho interno esta corresponsabilidad entre ambos progenitores también deriva, de nueva cuenta, de la figura la patria potestad que, al momento de escindirse no busca limitar el ejercicio de su derecho sino de implementarlos bajo una modalidad diferente porque la situación familiar ha cambiado.

Por este motivo el artículo en comento impone al Estado mexicano la obligación de proteger, fortalecer y garantizar la institución de la patria potestad a efecto de que los padres realicen de manera libre e informada la crianza de sus hijos; así como de crear instituciones que protejan a los menores en caso de que sus padres o sus familiares no cumplan con sus responsabilidades familiares (artículo 18 *in fine*).

Finalmente, pero sumamente relevante para el objeto de investigación; lo es el derecho procesal de ambos progenitores de opinar y participar en el proceso que decida sobre la separación entre los hijos y sus padres (artículo 9.2), y el derecho del niño a opinar en todo procedimiento administrativo o judicial en el cual se vean afectados sus derechos o intereses (artículo 12).

Por una parte, el derecho sustancial de igualdad entre ambos progenitores a participar en la educación y crianza de los hijos en común encuentra su correlativo procedimental en la Convención, pues permite a ambos padres en igualdad de circunstancias *opinar y participar* en los procedimientos en que se decida la guarda y custodia de los niños y adolescentes.

Por otra parte, se le otorga en mismo derecho al infante o adolescente que ve trastocada su esfera jurídica, sin embargo, esta opinión y participación como la misma convención señala no es ilimitada; sino “en función de la edad y madurez del niño” (artículo 12. 1 *in fine*) y también cabría agregar limitado por el propio interés superior de la infancia.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto ha señalado que:

Atendiendo al principio de autonomía progresiva, la edad biológica no guarda necesaria correlación con la madurez y la posibilidad de formarse un juicio o criterio propio. De ahí que no puede partirse de parámetros cronológicos específicos para establecer una generalización de cuándo los niños, niñas y adolescentes deben participar en procedimientos jurisdiccionales¹⁰⁷.

Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-17/2002 de fecha 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, realizó un estudio exhaustivo del artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño, llegando a la siguiente conclusión:

Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto (niño y adolescente). La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

En definitiva, el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Tesis: 1a./J. 13/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, mayo de 2015, Tomo I, p. 382

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, pfs. 101 y 102, versión en línea, consultada 25/08/2019, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Con esto, se explica que no debe existir una norma tasada respecto al valor que puede tener la opinión de la niñez en un procedimiento judicial o administrativo, pues tampoco es aconsejable tomar una decisión considerando únicamente la opinión de la niñez, señalando también *en la medida de lo posible, al examen de su propio caso* algo debe ser estudiado de manera exhaustiva.

Pero más aún, señala las pautas para interpretar y comprender la autonomía progresiva de los niños y adolescentes, tema que retoma la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual será estudiado en un análisis de resoluciones en el tercer capítulo. Sin embargo para terminar este apartado podemos señalar que, es el juez quien de mutuo propio deberá valorar la opinión de menor en atención a las circunstancias especiales del caso, conforme a los principios procesales y a los derechos sustanciales de la materia familiar.

III. DERECHOS PROCESALES CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES

En el presente apartado se hará un análisis comparativo de diversas disposiciones internacionales tanto obligatorias como no vinculantes para el Estado mexicano, y con ello poder obtener de su lectura, un conjunto mínimo de normas aplicable a los procedimientos independientemente de su naturaleza.

El *derecho adjetivo* o procesal de cualquier rama de derecho en general tiene como presupuesto la existencia de normas mínimas, que permitan dirimir las controversias sometidas al juzgador en un plano de igualdad entre las partes y garantizando sus derechos fundamentales.

A este conjunto de normas mínimas se les conjuga bajo el nombre de *debido proceso*, y para la Corte Interamericana de Derechos Humanos es: “un medio para asegurar en la medida de lo posible, la solución justa de una controversia a lo cual contribuye el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Salmon, Elizabeth, et al, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, p.2.

Así en primer lugar podemos determinar que el *debido proceso* no es un solo derecho, sino un conjunto de derechos que tiene una finalidad específica; la cual es que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 10 señala:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Como se desprende de la lectura del texto citado, emplea la frase “Toda persona” sin hacer referencia a si es mayor de edad o si es un niño por lo cual se debe interpretar en sentido amplio para maximizar sus efectos protectores; por otra parte, a nivel regional la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVIII prescribe:

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Ambos Pactos Internacionales no tienen el carácter de vinculante para el Estado mexicano, pero en cierto sentido son la antesala de gran parte de las Convenciones y Declaraciones de Derechos Humanos que conforman a los organismos protectores de derechos humanos regionales del continente americano.

En este orden de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 8. Garantías Judiciales (firmada por México el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980) consagra:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal

competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) firmado el 19 de diciembre de 1966, y aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980 en su artículo 14 expresa:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

De estos dos instrumentos Internacionales que sí son vinculantes para el Estado mexicano, podemos deducir los siguientes derechos que conforman el debido proceso son entre otros:

- 1) Derecho de acceso a la justicia o tutela jurisdiccional (CADH y PIDCP);
- 2) Derecho a la justicia pronta y expedita (CADH);
- 3) Garantía de audiencia (CADH y PIDCP);
- 4) Derecho a un tribunal independiente e imparcial (CADH y PIDCP);
- 5) Derecho a la igualdad procesal (PIDCP);

Estos derechos ya fueron estudiados en el tema anterior, sin embargo, cabe hacer mención que, a diferencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho a la igualdad procesal se encuentra expresamente consagrado en el Pacto al señalar: *Todas las personas son iguales ante los tribunales*. No obstante lo anterior, gracias al bloque de constitucionalidad es como

si este derecho humano se encontrara expresamente consagrado en la Constitución.

Es preciso hacer notar, como se analizara más adelante en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en razón de la interpretación de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-17/200, que el derecho de participación para las personas menores de edad no es absoluto y dependerá del grado de madurez del niño o adolescente; lo que sí es una obligación absoluta consiste en fundar y motivar el motivo por el cual se considera el niño, niña o adolescente es o no apto para formarse un juicio propio y participar en el proceso jurisdiccional.

IV. LAS CONTROVERSIAS FAMILIARES EN EL ESTADO DE MÉXICO

En lo concerniente a la regulación del procedimiento especial de divorcio incausado en el Estado de México, estudiaremos tanto el derecho sustantivo contenido en el Código Civil del Estado de México, como el derecho adjetivo contenido en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Pero antes de hacer de ese estudio, es preciso aclarar el sistema de distribución de competencias que existe entre la Federación y el Estado de México, en lo concerniente a la materia familiar, lo cual será una introducción entre el ámbito constitucional y el ámbito local de aplicación de la norma jurídica.

El artículo 124 constitucional no señala que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

La materia civil en cuanto a su sustancia (*derecho sustantivo*) no se encuentra dentro de los supuestos normativos es de competencia exclusiva del Congreso de la Unión, como hace referencia el artículo 73 constitucional.

De esta manera el Estado de México como parte integrante de la Federación mexicana, se encuentra habilitado por el numeral 124 de la constitución, para legislar el contenido y la materia del derecho familiar dentro de su territorio, ya que el derecho familiar se encuentra dentro del ámbito de la competencia concurrente.

Sin embargo, un caso interesante ocurre respecto al ámbito procesal de la materia familiar, pues el 23 de agosto del 2017 se adicionó la fracción XXX, recorriéndose en su orden la actual XXX para quedar como XXXI del artículo 73 constitucional para señalar que:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXX. Para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar...

Y de manera complementaria, en el artículo transitorio quinto de fecha 23 de agosto del 2017 se expresó que la legislación procesal civil y familiar de la Federación y de las entidades federativas continuará vigente hasta en tanto entre en vigor la legislación a que se refiere la fracción XXX del artículo 73 constitucional.

Bajo este orden de ideas, la materia procesal familiar es competencia exclusiva de la federación, como lo es la materia procesal penal con el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Sin embargo, y ante la omisión legislativa en la que ha incurrido el Congreso de la Unión respecto a la materia procesal familiar; conforme al transitorio citado la materia procesal familiar será de competencia concurrente hasta en tanto no se expida la legislación respectiva (tal y como establecía la Constitución antes de la reforma).

Esto es, en cuanto a la legislación de la materia familiar tanto sustantiva como adjetiva, por cuanto hace a la aplicación por parte de los tribunales locales conforme al artículo 104 constitucional en su fracción II prescribe que:

De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común.

En este sentido cuando existan una controversia familiar (recordemos que formalmente se considera parte integrante de la materia civil), en la cual existan disposiciones federales o internacionales aplicables al caso concreto, podrán conocer tanto tribunales locales o federales a elección de actor.

En la práctica la materia familiar se dirime casi exclusivamente en los tribunales locales, tan es así que la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México prevé la creación de juzgados especializados en la materia familiar (artículo 72); a diferencia de los Juzgados de Distrito Federales cuya competencia material es más extensa y cuya especialización puede ser en materia penal, civil, mercantil, penal, o de amparo conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Por este motivo, es importante el estudio del código sustantivo y adjetivo vigente en el Estado de México, pues el grueso de los conflictos familiares es resuelto mediante la aplicación de la legislación local y por los tribunales estatales.

1. Los derechos de los niños en el Código Civil del Estado de México

Como ya se ha estudiado anteriormente el Estado tiene especial interés en la constitución, preservación y desarrollo de la familia. La Federación ha delegado de manera implícita la facultad de regular las instituciones familiares a las entidades federativas, si bien es cierto sentó las bases constitucionales para su protección.

Si entendemos que el matrimonio es la base de la familia, y que familia es el núcleo de la sociedad podemos entender porque la disolución del vínculo matrimonial tiene una especial trascendencia en el derecho familiar.

Existen algunos autores que afirman que el *divorcio* es un mal necesario, en el sentido de que si bien es cierto fomenta la desintegración de la familia con núcleo social, no menos cierto es que en muchos casos es benéfico para la pareja, y principalmente para los hijos que están en medio del conflicto entre los padres¹¹⁰.

¹¹⁰ Cfr. Cervera Rivero Oscar G. y Barragán Albarrán, Oscar, *Practica Forense en Derecho Familiar*, 1ª ed., México, Inter Writs, 2010, p. 206.

Sin duda alguna es mejor separar a la pareja en conflicto que someter a los niños y adolescentes a toda clase de escenas violentas y a un ambiente hostil máxime cuando la pareja ha decidido su separación. Por este motivo el divorcio incausado es un medio para lograr esta protección a los infantes y no un alentador para disolver la familia.

Se puede decir que del artículo 4.88 del código civil se obtiene una definición legal de divorcio, entendiéndola como la disolución matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. La cual la misma ley clasifica en incausado, voluntario, administrativo y notarial.

Tanto el divorcio incausado como el divorcio voluntario se llevarán a cabo ante el órgano jurisdiccional, con la diferencia de que el divorcio incausado puede ser solicitados por uno de los cónyuges, sin la necesidad de expresar motivo alguno con la sola manifestación de la voluntad de no continuar con el matrimonio (artículo 4.94).

Al momento de admitir la demanda el juez competente deberá dictar las medidas necesarias para salvaguardar los intereses de los desprotegidos, principalmente los niños y adolescentes, personas en estado de interdicción y mujeres embarazadas.

El código denomina a esta figura como *medidas precautorias en el divorcio*, pero como recordaremos de nuestro marco teórico en el presente trabajo se les denominaran *medidas provisionales*, por considerarse más apropiada la nomenclatura.

Las fracciones II y III del artículo 4.95 del código en cita, habla respecto al medidas provisionales que versan sobre alimentos de los menores, su guarda y custodia, así como su régimen de convivencias con el progenitor no custodio.

En este sentido es fundamental hacer notar que en la parte final de artículo en mención, se señala que para designar la guarda y custodia “quedará preferentemente al cuidado de la madre, atendiendo al interés superior...a menos

que exista una causa justificada a criterio del Juez”, disposición que se encuentra en estrecha relación con el artículo 4.228.

Como ya se explicó anteriormente, en los casos de separación de la pareja la figura de la patria potestad que ambos progenitores ejercen sobre sus hijos en común tiene que escindirse, debido a que es imposible continuar ejerciendo sus derechos y obligaciones de manera conjunta después de la ruptura conyugal.

Así las cosas, para el caso de separación de la pareja el artículo 4.228 señala que en igualdad de condiciones ambos progenitores que ejerzan la patria potestad deberán convenir quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia de los hijos, con lo cual se da preferencia a la mediación y conciliación familiar.

Sin embargo, en caso de que los cónyuges no lleguen a ningún acuerdo y el juez deba decidir de manera provisional o definitiva quién de ellos ejercerá la custodia tendrá que tomar en consideración (art. 4.228 fracc. II):

- 1) Los elementos de prueba que obren en el sumario;
- 2) El resultado de las pruebas periciales en materia de psicología familiar;
- 3) La opinión del de la niña, niño o adolescente;
- 4) La presunción legal a favor de la madre a que se refiere el inciso a) de la fracción II del artículo 4.228 del código en cita;
- 5) Atendiendo a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y a salvaguardar el sano desarrollo de los menores de edad.

Esto quiere decir que, el hecho de considerar a la madre como la persona más apta para el cuidado de los hijos es una presunción legal que admite prueba en contrario, por lo cual se otorga al padre la posibilidad de refutar esa idoneidad de la madre.

En lo que concierne al régimen de convivencias y vistas, para su determinación el artículo 4.102 Bis del Código en comentado nos señala los siguientes elementos de estudio para su determinación durante el procedimiento de divorcio y concluido el proceso:

- 1) Las pruebas en psicología del progenitor no custodio y en su caso de la nueva pareja (sería mejor hablar de pruebas en psicología en todo el núcleo familiar con el cual el niño o adolescente va a convivir).
- 2) Transcurridos tres meses de que el Juez haya dictado el régimen de convivencia provisional, solicitará de oficio la comparecencia del progenitor no custodio, así como de su actual pareja y de la niñez con el propósito de verificar el cumplimiento del interés superior de niñas, niños y adolescentes.

Lamentable es la designación que realiza el legislador local al respecto de la figura en comento pues en el texto del artículo 4.102 Bis, hace referencia al *tutor* aludiendo a lo que en este trabajo se le denominó *progenitor no custodio* y por otro lado hace referencia al *acreedor alimentario* aludiendo propiamente a los niños y adolescentes.

Es preocupante que legislador mexiquense confunda dentro del texto de la ley la figura de la *tutela* que es una institución del derecho familiar independiente a la *guarda y custodia*, y que por otro lado llame *acreedor alimentario* a los niños y adolescentes, cuando el termino podría tener diversas interpretaciones.

Independiente mente de los tecnicismos legales que pueden encontrarse en la deficiente redacción del texto es de aplaudirse la intención de revisar la medida provisional con posterioridad.

Por último y respecto al derecho de recibir alimentos es de suma importancia señalar que el contenido del artículo 4.138 hasta antes de su reforma el 3 de febrero del 2016 decía lo siguiente: “Los alimentos deberán ser proporcionados de acuerdo a la capacidad económica del deudor alimentario y de las necesidades de quien deba recibirlos.”

Sin embargo, con la reforma antes mencionada el artículo 4.138 pasó a regular los alimentos entre cónyuges, y dejó de lado el principio de proporcionalidad de los alimentos, para pasar a un sistema de determinación de pensión alimenticia tasado.

Esto se explica con el contenido actual del artículo 4.136 de la ley sustantiva que ha letra dice: El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando al acreedor alimentario una pensión, la cual no será inferior al cuarenta por ciento del sueldo.

Como podemos observar, pasamos de un sistema de determinación por libre convicción razonada, a un sistema tasado de determinación, y se eliminó ser texto legal el principio de proporcionalidad alimentaria.

2. Los derechos procesales de los niños en el divorcio incausado del Estado de México

El Código de Procedimiento Civiles del Estado de México, no señala expresamente algún derecho procesal de los niños, niñas ya adolescentes durante el procedimiento especial de divorcio incausado, sin embargo se pueden inferir algunos a partir del estudio de su desarrollo.

En cuanto a la forma del procedimiento especial de divorcio incausado en el Código de Procedimientos Civiles del Estado, puede ser iniciada por el *cónyuge solicitante* por medio de un escrito presentado ante la autoridad judicial el cual es denominado *solicitud de divorcio* y en la cual no existe la necesidad de señalar la razón o el motivo que origine la solicitud.

Como podemos observar el nombre del escrito inicial es *solicitud* y no *demanda* como acontecería en los procedimientos contenciosos, pues como ya se refirió anteriormente, el divorcio incausado es un procedimiento paraprocesal de naturaleza familiar, que tiene como finalidad la disolución del vínculo matrimonial a voluntad de una de las partes.

De manera conjunta a la *solicitud de divorcio* se deberá anexar la siguiente documentación:

- 1) Copia certificada del acta de matrimonio
- 2) Copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos (en caso de haber);
- 3) Propuesta de convenio que regula las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial

- 4) Copias del escrito de solicitud de divorcio y sus anexos para correr traslado a cónyuge citado.

El convenio regulador de las relaciones familiares que surgen a consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial es un punto medular en el procedimiento especial de divorcio incausado; pues es interés del Estado solucionar de manera pacífica los conflictos en materia familiar, dando primacía a la conciliación y a la mediación.

Es en este punto donde podemos apreciar la primera intervención indirecta de los derecho de los hijos menores de edad en el procedimiento de divorcio incausado. El padre o madre custodio al momento de solicitar el divorcio actúa como representante de los intereses de sus hijos y en atención a ello, debe elaborar una propuesta de convenio, cuyos parámetros mínimo están fijados en la ley, los cuales en esencia son:

- 1) Designación a favor un cónyuge de la guarda y custodia de los hijos y domicilio donde se ejercerá;
- 2) Régimen de convivencias y visitas con el progenitor no custodio;
- 3) Uso y disfrute del domicilio familiar durante y después del procedimiento de divorcio;
- 4) Forma, tiempo y lugar de pago de la pensión alimenticia a favor de los hijos;
- 5) En caso de proceder, forma, tiempo y lugar de pago de la pensión alimenticia a favor el cónyuge que la necesite;
- 6) Forma de garantizar la pensión alimenticia;
- 7) En caso de haber contraído matrimonio por sociedad conyugal, la forma de administrarla durante el procedimiento y su forma de liquidación al decretarse el divorcio;
- 8) En caso de haber contraído matrimonio por el régimen de separación de bienes, la forma de repartir los bienes adquiridos durante el matrimonio.

En analogía es aplicable el comentario que realiza Chávez Asencio respecto a los convenios del divorcio voluntario:

Nada impide, desde el punto de vista jurídico que se superen los mínimos previstos y se adicione el convenio (o en este caso la propuesta de convenio) para comprender más situaciones. Siempre será conveniente que se resuelvan todos los problemas humanos con actitud justa y mesurada para evitar conflictos futuros¹¹¹.

Por este motivo la ley solo enuncia los requisitos mínimos que la propuesta de convenio debe contener, pero esta lista no es limitativa pues la casuística familiar es y amplia y cada familia tendrá sus propias necesidades, por lo cual se deberá realizar una propuesta acorde a cada situación, en atención al interés superior de la infancia.

Mención especial merece, la falta de técnica legislativa que se encuentra en el artículo 2.373 del código en cita, porque en el mismo texto pretende englobar en primer término los documentos que deben anexarse a la solicitud de divorcio, en segundo término, los temas sobre los cuales debe versar la propuesta de convenio, y en tercer término diversas disposiciones de carácter sustantivo respecto al derecho de alimentos.

Sobre este último tópico, cabe precisar que la legislación local adopta un sistema tasado para determinación de montos en las pensiones alimenticias, el cual no será analizado por exceder los límites de los objetivos de investigación.

Finalmente, y de suma relevancia para el presente trabajo de investigación este mismo artículo nos señala de manera muy somera que: “En la solicitud, se podrá pedir la aplicación de medidas precautorias, acompañando en su caso, la documentación que se estime necesaria.”

Una vez presentada la solicitud de divorcio el juez puede resolver en tres sentidos:

- 1) Desechando la solicitud (la causa más común sería por incompetencia);

¹¹¹ Chávez Asencio, *Convenios Conyugales...*, cit., p. 97.

- 2) Previniedo al cónyuge solicitante para aclarar un punto o para anexar alguna documentación que hubiere faltado, o;
- 3) Admitiendo la solicitud de divorcio y ordenando dar vista al cónyuge citado.

En caso de que el juez previniera la solicitud de divorcio el cónyuge solicitante tendrá el plazo de tres días para desahogar la vista, pues si bien el artículo 2.374 no señala un plazo específico, el artículo 1.164 de manera supletoria señala que cuando la ley no señale plazo para la práctica de algún acto procesal o para el ejercicio de una facultad, se tiene por señalado el de tres días.

Sin embargo, el procedimiento especial de divorcio incausado tampoco señala una consecuencia jurídica para el caso de no desahogar la prevención, aunque podría deducirse que será el desechamiento de la solicitud de divorcio.

En caso de admitir la solicitud de divorcio el juez proveerá sobre las medidas precautorias solicitadas o las que estime necesarias para salvaguardar el interés superior de los niños, niñas adolescentes o incapaces de acuerdo con el artículo 2.374; aunque de su lectura literal se infiere que en caso de desechar o prevenir la solicitud el juez no se pronunciaría respecto a medidas provisionales solicitadas.

Esto sería contraria contrario al interés superior de la niñez, porque el juez tiene la obligación legal de proveer de todas las providencias necesarias para salvaguardar el sano desarrollo de nos menores involucrados, independientemente de que deseche la solicitud o la prevenga.

Existen varias críticas que se pueden realizar al procedimiento que atentan directa o indirectamente contra los derechos procesales de los niños y adolescentes involucrados, entre ellas:

- 1) No se prevé un plazo para desahogar la vista que se concede con la solicitud de divorcio incausado al cónyuge citado (En ejercicio de la patria potestad que ejerce la ley debería otorgar plazo para ejercer la facultad de contradicción respecto a los derechos de los hijos);
- 2) Suponiendo que usáramos el termino supletorio de tres días que nos concede el artículo 1.164 del código en cita, ello es violatorio del derecho a

la igualdad procesal porque en tres días el cónyuge citado deberá contactar un abogado, combatir las medidas provisionales decretadas (que afectan derechos del niño), así como obtener y exhibir la documentación necesaria para acreditar su dicho.

- 3) La ley impone la obligación al cónyuge solicitante de anexar una propuesta de convenio, pero es omisa a establecer la obligación de exhibir una contrapuesta al cónyuge citado; esto dejaría al juez en una mejor posición para mediar la postura dialéctica de ambas partes en el divorcio (y sobre todo conocer la expectativas de vida que los menores tendrían con el padre o con la madre).
- 4) En la primera audiencia de avenencia no se revisan las medidas provisionales decretadas, siendo que este es momento procesal oportuno para que el juez resolviera las medidas provisionales con audiencia de ambas partes e incluso de recibir la opinión de los menores.

Independientemente de las apreciaciones anteriores es importante señalar que, una vez admitida la solicitud, el tribunal se señalará día y hora para una audiencia de avenencia que tendrá verificativo después de nueve y antes de quince días, contados a partir de la notificación del propio auto.

Las audiencias de avenencia tienen el propósito de hacer reflexionar a los cónyuges (y en especial al cónyuge solicitante) de que se desista de su solicitud de divorcio, procurando la reconciliación de la pareja y exponiendo los motivos por los cuales la familia debe seguir unida; durante esta audiencia el juez deberá velar en todo momento por el interés superior de la infancia.

El código en su artículo 2.376 expresa que, en caso de no obtener la reconciliación de la pareja por parte del juez al finalizar la primera audiencia de avenencia, se deberá citar a las partes a una segunda audiencia de avenencia dentro de los tres días siguientes.

En esta segunda audiencia de avenencia se abren tres escenarios posibles: el primero es que el cónyuge solicitante se desista del procedimiento de divorcio, con lo cual se da por terminado; el segundo que el cónyuge solicitante desee continuar

con el procedimiento, pero no se haya presentado el cónyuge solicitado; y el tercero que el cónyuge solicitante desee continuar con el procedimiento y haya comparecido el cónyuge solicitado.

Es importante mencionar que la inasistencia del cónyuge citado no impide la continuación del procedimiento en ningún caso; pero el desistimiento de la solicitud de divorcio por parte del cónyuge solicitante implica la terminación inmediata del procedimiento, aunque el cónyuge citado manifieste su voluntad de querer divorciarse.

Para el caso de que el cónyuge solicitante desee continuar con el procedimiento, pero no se haya presentado el cónyuge solicitado, es evidente que no se podrá llevar a cabo de conciliación, motivo por el cual se decretara mediante resolución judicial la disolución del vínculo matrimonial y se dejará a salvo los derechos de ambas partes para “para que, conforme a los requisitos de una demanda, formulen sus pretensiones, hechos y ofrezcan sus medios de prueba” (artículo 2.377).

En el caso de que el cónyuge solicitante desee continuar con el procedimiento y haya comparecido el cónyuge solicitado existen de nueva cuenta tres posibilidades: la primera es que las partes lleguen a convenio respecto a todos puntos propuestos en el convenio; la segunda posibilidad es el caso que lleguen parcialmente a un acuerdo; y la tercera posibilidad es que no lleguen a ningún acuerdo.

En el primer caso, lo que acontece es una vez acordados todos y cada uno de los puntos sobre los cuales versa la propuesta de convenio, el juez y el agente de ministerio público revisaran que no exista violaciones al orden público, al interés social ni al interés superior de la niñez. Una vez cerciorados de ello el juez decretara el divorcio mediante resolución judicial y elevara el convenio a la categoría de sentencia ejecutoriada. Con ello se da por terminado el procedimiento.

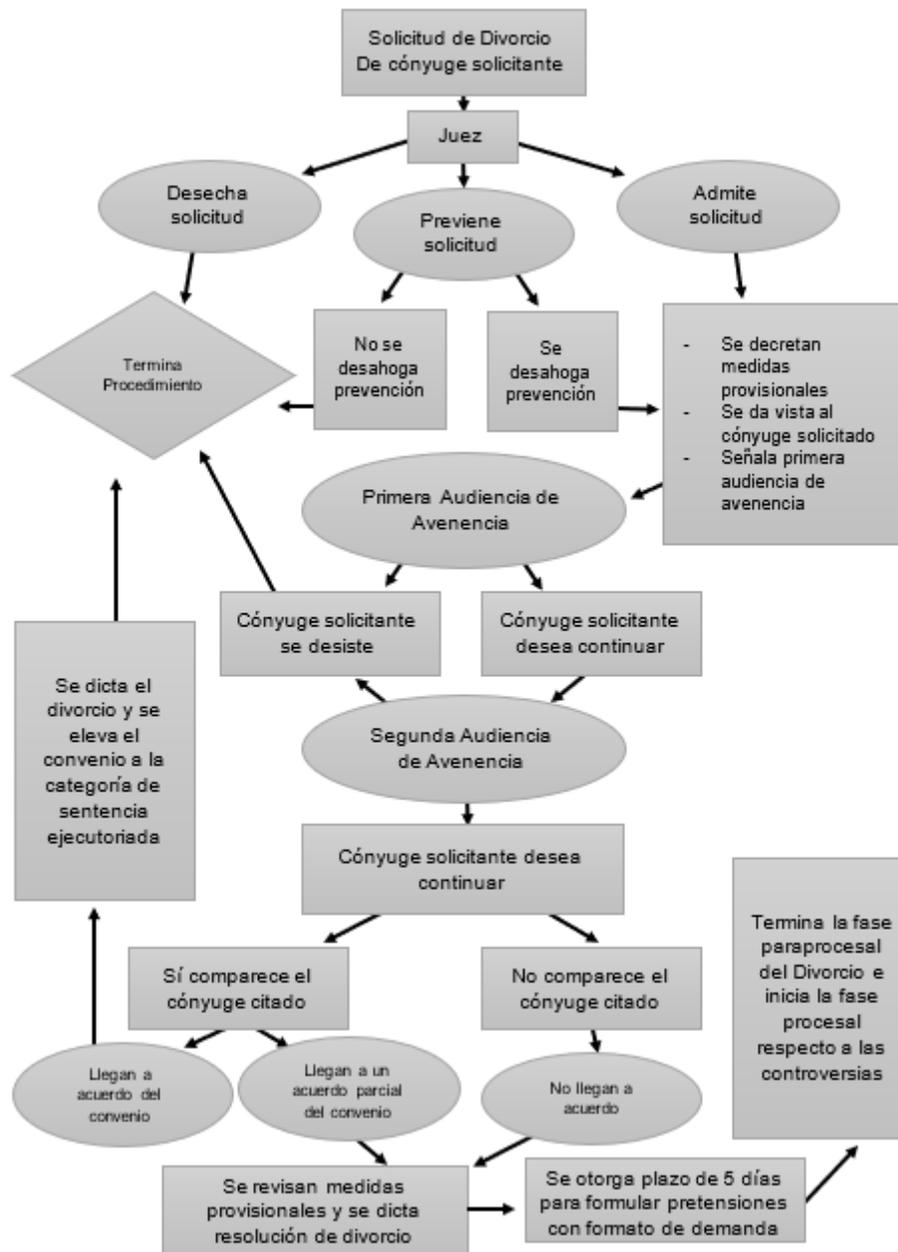
En el segundo caso, existe la posibilidad que los cónyuges solo lleguen al acuerdo de ciertas cláusulas de la propuesta de convenio, pero existan otras en las

cuales tengan disenso; motivo por el cual se hará un convenio parcial respecto a los puntos en que existe acuerdo, se decretara el divorcio y se dejara a salvo los derechos de los divorciantes para presentar dentro de los cinco días siguientes sus pretensiones respecto a los puntos en los cuales no hubo consenso.

En el tercer caso en que los divorciantes no lleguen al ningún acuerdo respecto a los puntos que se deben resolver por la vía del convenio, por lo que, de igual manera, se decretara el divorcio y se dejara a salvo los derechos de los divorciantes para presentar dentro de los cinco días siguientes sus pretensiones respecto a los puntos en los cuales no hubo consenso.

El código señala que, a partir de este punto, la continuación de procedimiento se realizará bajo las normas establecidas para las controversias del derecho familiar y del estado civil de las personas; el procedimiento completo se muestra en el siguiente diagrama.

Diagrama 1 Procedimiento especial de divorcio incausado en el estado de México.



Elaboración propia

De este modo, con el dictado de la resolución judicial que decreta la disolución del vínculo matrimonial y deja a los consortes en aptitud de contraer nuevas nupcias, dejando a salvo sus derechos para presentar sus pretensiones; es que finaliza la fase paraprocesal del procedimiento especial de divorcio incausado e inicia fase procesal o contenciosa.

Con lo antes expuesto podemos concluir que la regulación jurídica del divorcio incausado en cuanto su procedimiento es deficiente, porque omite tomar en consideración el ejercicio de la patria potestad de manera efectiva y tampoco toma en consideración la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Tampoco ofrece igualdad procesal entre el cónyuge solicitante y el cónyuge citado, pues no prevé ofrecimientos de contrapropuesta de convenio, ni da un término para desahogar la vista que se le da con la solicitud de divorcio, máxime en los casos en que se decreten medidas provisionales pues la naturaleza contenciosa de las medidas provisionales es opuesta a la naturaleza paraprocesal del divorcio.

Es importante establecer que no se está en contra del divorcio sin expresión de causa, pues la experiencia ha demostrado que el divorcio por causales trae más daños que beneficios en las relaciones familiares; pero aún en un procedimiento paraprocesales como es el caso del divorcio especial de divorcio incausado se deben preservar los derechos mínimos que constituyen el debido proceso, así como el derecho de los infantes a una tutela jurídica efectiva.

Si bien es cierto en el capítulo correspondiente al divorcio incausado en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México no se prevé, que en los casos en que se llegue a convenio entre las partes del procedimiento se tome o no en cuenta la opinión de los niños y adolescentes conforme lo dispone el artículo 12 de Convención sobre los derechos del niño; el código en cita en su artículo 5.35 prevé esta obligación para todos procedimientos judiciales, lo cual se corrobora con el artículo 58 de la Ley de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Esto tiene su fundamento en el artículo 5.35 del Código en estudio, en el cual se señala textualmente “De existir niñas, niños o adolescentes, a petición de parte o de oficio, el Juez tomará las providencias necesarias para que, sin formalidad alguna, participen, sean escuchados y tomados en cuenta y expresen de manera libre su opinión en los asuntos que les afecten.”

Por lo de una interpretación sistémica y armónica del texto legal estudiado nos lleva a la conclusión de que, incluso en los procedimientos especiales de divorcio incausado que terminaran por convenio sería idóneo obtener la participación de las personas menores de edad involucradas, cuando los casos así lo requieran.

Como se estudiará en el tercer capítulo al momento de presentar la problemática de estudio, se definirá si esta norma es efectivamente aplicada o no y en su caso las condiciones de su aplicación.

3. La ley sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes del Estado de México

Hasta este punto se ha explicado el contenido legal tanto sustancial como formal del procedimiento especial del divorcio incausado, sin embargo, es menester hacer referencia concreta a los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de los procedimientos judiciales en que se encuentran en conflicto sus derechos.

En este apartado se estudiará algunos derechos concedidos tanto por el Código Civil como por el Código de Procedimientos Civiles estudiados, pero se dará especial atención a los derechos contenidos en la Ley de los derechos de niñas niños y adolescentes del Estado de México.

El estudio se realizará con la finalidad de establecer si la legislación local del Estado de México es acorde a las disposiciones constitucionales y convencionales en materia de derechos de los niños (esto es que las normas locales cuenten con la *validez sustancial* que exige el garantismo).

Si bien es cierto, ya se trató el tema del interés superior de la niñez desde una perspectiva doctrinal en nuestro primer capítulo, y también como principio interpretativo derivado de nuestro bloque de constitucionalidad, cabe señalar lo que la legislación local prescribe al respecto.

El artículo 5.16 del Código de Procedimiento Civiles para el Estado de México (CPCEM) señala “El interés superior de niñas, niños y adolescentes es la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, respecto de cualquier otro derecho.”

Por otro lado, la Ley de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes para el Estado de México (LDNNAEM) dispone en su artículo 5 fracción XXII que se entenderá por interés superior de la niñez:

Al máximo beneficio que ha de otorgarse de conformidad con los derechos de las niñas, niños y adolescentes respecto de cualquier otro beneficio o derecho y que tiene como propósito alcanzar su desarrollo integral, así como la plenitud de sus aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades, tomando en consideración que cada uno de ellos es una universalidad y una individualidad en la que la familia, la comunidad y el propio estado garantizarán ese pleno desarrollo.

De ambas definiciones legales podemos concluir que la legislación local para el Estado de México entiende al interés superior de la niñez como un principio de maximización de los derechos que pretende garantizar en todo momento y por sobre otros intereses el *desarrollo integral de la niñez*.

El derecho fundamental de los menores a la protección por parte del Estado y de los demás miembros de la sociedad al cual nos referimos en el primer apartado, se complementa con el método interpretativo que pretende esta maximización este desarrollo progresivo de los derechos de los menores, y es aterrizada en una fórmula legal aplicable al caso concreto.

Es decir que, al existir un conflicto de derechos con los derechos de los niños adolescentes se debe procurar el máximo beneficio a los derechos estos, pero siempre tomando en consideración que cada niño es *una universalidad y una individualidad*, pues la solución que es correcta para un niño y un caso concreto puede no ser lo ideal para otro niño en circunstancias similares.

En este sentido la regulación local del interés superior de la infancia es acorde a los parámetros constitucionales y convencionales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico en materia de derecho de menores. Porque para preservar el interés superior de la niñez en los procedimientos familiares seguidos ante a la

autoridad judicial, se deben respetar la garantía de audiencia y su derecho al debido proceso de la niñez.

El derecho a la garantía de audiencia de los menores lo encortaremos identificado con todas aquellas disposiciones que nos hablan respecto al derecho de la niñez a ser oído en los procedimientos donde se ventilen sus derechos.

Es interesante destacar al respecto, el valor que puede tener la opinión de los niños y adolescentes en los procedimientos judiciales donde se resuelva sobre su custodia tanto provisional como definitiva, sobre todo ante la aparente contradicción que existe entre el artículo 16 de la LDNNAEM y el artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México (CCEM).

El artículo 16 establece que los menores no podrán ser separados de sus padres sino en términos de las disposiciones aplicables y mediante orden de autoridad competente.

En esta orden judicial debe decretarse tomando en consideración: a) la integridad física de la niñez; b) escuchando la opinión de niñas, niños y adolescentes, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, y; c) atendiendo a la preservación del interés superior de la niñez.

Sin embargo, el artículo 4.228 dispone que “el otorgamiento de la guarda y custodia de menores de doce años quedará preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes”.

Interesante para este caso, resulta la determinación de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la constitucionalidad del artículo 4.228 del Código Civil para el Estado de México, en el cual se otorga una presunción legal a la madre para obtener la guarda y custodia de los hijos en caso de separación de la pareja: “A juicio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta porción normativa resulta constitucional, siempre y

cuando se interprete a la luz del interés superior de los menores y del principio de igualdad.”¹¹²

Esto quiere decir que cualquier determinación de la guarda y custodia basada en el estereotipo de género y sin tomar en consideración el interés superior de la niñez ni el principio de igualdad, es inconstitucional.

Es por esto por lo que la aparente contradicción entre los artículos 16 de la ley y 4.228 del código no es más que interpretativa, porque la presunción establecida a favor de la madre para los menores de doce años no es indestructible, sino que admite prueba en contrario, que administradas con otros medios probatorias puedan crear en el juez la convicción de que, es mejor para el interés superior de la niñez la custodia con su padre.

Unos de estos medios de prueba son justamente las opiniones de los hijos de la pareja, que deben ser valoradas conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, es decir a su *autonomía progresiva* que, si bien no se menciona el Código de procedimientos, si se establece en la legislación especial.

En este sentido, respecto al derecho de los niños y adolescentes a ser oídos en los juicios donde se ventilen sus derechos (la garantía de audiencia de los niños, niñas y adolescentes) o por lo menos a ofrecerles su participación, también existe la correspondiente *validez sustancial* entre la norma local y la norma constitucional.

En lo que atañe al derecho de la persona de los niños, niñas y adolescentes al debido proceso, la LDNNAEM dedica el *Capítulo Décimo Octavo* denominado *Del Derecho a la Seguridad Jurídica y al Debido Proceso* y en su artículo 58 establece las obligaciones para las autoridades jurisdiccionales.

Algunas de estas obligaciones aplicables al proceso de divorcio incausado se señalan a continuación de manera enunciativa:

1. Garantizar la protección y prevalencia del interés superior de la niñez;

¹¹² Tesis: 1a. /J. 52/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 215.

2. Garantizar el ejercicio los derechos de los niños y adolescentes;
3. Proporcionar información clara, sencilla y comprensible para los menores sobre el procedimiento judicial
4. Garantizar el acompañamiento de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, tutela, guarda o custodia durante todo el procedimiento, salvo disposición judicial en contrario.
5. Garantizar el derecho de audiencia de las personas menores de edad en los procedimientos a los que sean sometidos.
6. Ponderar, antes de citar a un niño, niña o adolescente a alguna audiencia, la pertinencia de está considerando su edad, madurez, estado psicológico, así como cualquier otra condición específica (autonomía progresiva).
7. Mantener los menores apartados de los adultos que puedan influir negativamente en su comportamiento o estabilidad emocional durante su comparecencia.
8. Dictar medidas de protección niños, niñas y adolescentes cuando esté en riesgo su integridad física o emocional, procurando su interés superior.

Las disposiciones anteriores encuentran su correlativo en el CPCEM en su artículo 5.3 Bis citadas casi a textualidad y fueron adicionadas mediante decreto de fecha 6 de agosto del año 2015.

Las normas establecidas respecto al debido proceso de los niños, niñas y adolescentes contenidas en la legislación local también tienen su correspondiente a los estándares constitucionales e internacionales vigentes en la materia de derecho de menores, específicamente en la Convención sobre los derechos del niño. El dictar una resolución que contraviniera cualquiera de estos principios equivaldría a vulnerar las formalidades esenciales del procedimiento en perjuicio de los niños involucrados.

Es preciso hacer notar que la reforma de fecha 6 de agosto del año 2015 fue consecuencia inmediata de las observaciones que el Comité de los Derechos del Niño dependiente de la ONU ha realizado al Estado mexicano, para adecuar su legislación nacional a los requerimientos internacionales.

La legislación local del Estado de México en materia de derecho de niños, niñas y adolescentes tiene en su generalidad los mecanismos necesarios para garantizar la protección a los derechos de las personas menores de edad.

Desde una perspectiva garantista el sistema jurídico del Estado de México en que respecta al derecho de las personas menores de edad tiene perfecta concordancia entre el texto constitucional y la legislación local por lo cual se puede establecer que existe la *validez sustancial* de la norma jurídica local.

Sin embargo, como el mismo garantismo lo establece, para que la norma sea efectiva, no es requisito exclusivo que exista una norma perfectamente *válida y vigente*, sino que se debe observar que exista una relación entre *la validez y la efectividad* de la norma jurídica, y en caso de que ello no exista establecer las garantías necesarias para su efectivo cumplimiento.

Por este motivo en el siguiente capítulo se estudiará la efectividad de estas normas jurídicas a través de un análisis de contenido de diversas resoluciones respecto a medidas provisionales dictadas por los Tribunales del Estado de México, en el Distrito Judicial de Tlalnepantla; para corroborar que las normas locales (que hasta momento y conforme a la teoría garantista son *vigentes y validas*) también son *efectivas* para proteger los derechos fundamentales de los niños y adolescentes contenidos en nuestra constitución.

CAPÍTULO TRES

TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DIVORCIO INCAUSADO, EL CASO DEL DISTRITO JUDICIAL DE TLALNEPANTLA, ESTADO DE MÉXICO

Durante el desarrollo del primer capítulo del trabajo de investigación se establecieron las bases doctrinarias y conceptuales por medio de las cuales se abordaría el problema planteado. Conceptos como divorcio incausado, medidas provisionales, interés superior de la infancia, autonomía progresiva y derecho de la niñez a ser oído fueron explicadas.

En nuestro segundo capítulo se estudiaron las normas jurídicas aplicables a la figura de estudio, los derechos procesales de los niños y adolescentes en el procedimiento especial del divorcio incausado; lo cual se realizó de manera sistemática en orden jerárquico; desde los derechos humanos contenidos en la constitución y los tratados internacionales que protegen el debido proceso, la familia y a la niñez, hasta la legislación civil local aplicable en el Estado de México, haciendo énfasis en la obligación del Estado de garantizar, proteger y respetar los derechos humanos de los niños, niñas adolescentes.

En el presente capítulo se abordará la problemática del tema de investigación siguiente: en los procedimientos familiares, y específico en el procedimiento especial de divorcio incausado, los juzgadores al momento de realizar las determinaciones judiciales respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes los tratan como *objetos de protección* y no como *sujetos de derecho*.

Para establecer el problema se procederá a realizar un análisis de contenido de diversos expedientes en su versión pública, sin embargo se hace necesario antes de presentar la problemática del Estado de México, hacer un breve estudio de algunas resoluciones del máximo tribunal mexicano para entender la aplicación de algunos principios constitucionales y derechos fundamentales en el foro federal, después de eso se procederá a justificar la problemática de investigación y la elección de la muestra de estudio.

I. ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE DIVERSAS RESOLUCIONES DE LA SUPERA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS DE LA INFANCIA

Antes de iniciar formalmente con el presente capítulo donde se hace la descripción y presentación del problema de investigación en el procedimiento especial de divorcio incausado, se revisarán tres resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyos argumentos han dado origen a diversas tesis de jurisprudencia en materia de interés superior de la niñez, autonomía progresiva y la participación de niños, niñas y adolescentes en procedimientos judiciales.

Es importante hacer mención, que los hechos que dieron origen a las contradicciones de tesis y el amparo en revisión que se estudiarán a continuación, no refieren exclusivamente a materia familiar, ni a la legislación local del Estado de México.

Sin embargo y como la misma Corte refiere, son los principios constitucionales y convencionales estudiados en estas resoluciones son aplicables a todo el territorio nacional, pues son interpretación directa del artículo 4 constitucional, de la Convención de los derechos del niño, y de la Convención americana de los derechos humanos.

Las tres resoluciones que se estudiarán son:

1.- La contradicción de tesis 496/2012 donde se confronta el interés superior de la niñez de edad contra la institución de cosa juzgada;

2.- El amparo directo en revisión 648/2014 que señala los lineamientos para la participación de los niños, niñas y adolescentes en procedimientos judiciales, y;

3.- La contradicción de tesis 256/2014 que trata el tema de la valoración del juez para el ejercicio o no del derecho de los niños a participar en los procedimientos judiciales.

1.- Contradicción de tesis 496/2012

En esta contradicción de tesis el primer asunto deriva de un juicio ordinario civil, en el que la madre un menor de edad demandó diversas prestaciones entre

ellas el reconocimiento de paternidad; el demandado opuso entre otras la excepción de cosa juzgada y con base en esta el juez de origen absolvió; lo anterior porque efectivamente la parte actora ya había demandado anteriormente el reconocimiento de paternidad al mismo demandado, en dicho juicio la actora no había ofrecido en tiempo y forma la pericial en genética prueba idónea para el ejercicio de su acción y por lo tanto el demandado había sido absuelto¹¹³.

Seguidos tramites de ley el caso llego al Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito quien lo radico bajo el número de amparo 249/2011 y planteo la siguiente tesis aislada con rubro: *Reconocimiento de paternidad de un menor de edad. En caso de que no haya sido desahogada la prueba pericial en genética (ADN) en el anterior juicio concluido, no opera la cosa juzgada en el nuevo juicio en donde se controvierta igualmente la acción de.*; y cuyo argumento total consistía en lo siguiente:

Luego, si en un anterior juicio concluido sobre reconocimiento de paternidad de una niña o de un niño no fue desahogada la prueba pericial en genética, por virtud de que la sentencia definitiva no fue recurrida con oportunidad causando ejecutoria y, en consecuencia, no se resolvió el fondo de la litis planteada; de ello resulta que en un nuevo juicio, en el que se controvierte ese mismo derecho fundamental, no opera la cosa juzgada material, sino exclusivamente la formal, por lo que en esas circunstancias, el derecho humano a que se reconozca la paternidad de una niña o de un niño debe prevalecer ante el principio de cosa juzgada formal.¹¹⁴

En segundo asunto contendiente surgió a partir de un caso similar dado que en un juicio ordinario civil, una madre en representación de su menor demandó de

¹¹³ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación et al, "Interés superior de la niñez. Su alcance y función normativa en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia", *Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, No. 79, Año. 2015, p. 67.

¹¹⁴ Tesis: I.7o.C.165 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011, p. 2190.

presunto progenitor, diversas prestaciones, entre las que destaca: El reconocimiento de la paternidad a favor de su menor hijo.

Al dar contestación, el demandado opuso las excepciones y defensas que estimó convenientes, entre las cuales negó la procedencia de la pretensión de su contraparte por no ser el padre biológico de la niñez e hizo valer la excepción de cosa juzgada. En este sentido, el Juez de Primera instancia pronunció sentencia en la que consideró acreditada la acción con los elementos de convicción aportados por la actora, y respecto de la excepción de cosa juzgada, la estimó improcedente.

No obstante, lo anterior la parte demandada interpuso recurso de apelación, y en la resolución la sala dictó sentencia en el sentido de revocar la de primera instancia, bajo la consideración toral de que en la especie operó la excepción de cosa juzgada, declarando improcedente la acción de reconocimiento de paternidad ejercida, con la consecuente absolución del demandado.

Inconforme con ese fallo, la madre, promovió juicio de amparo, del que tocó conocer al Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Decimonoveno Circuito, quien lo radicó con el número 353/2009 y en sentencia determinó negar el amparo solicitado.

Así mismo estableció la siguiente tesis aislada: *Cosa juzgada. La rigidez o inmutabilidad de la sentencia definitiva descansa en los principios de seguridad y certeza jurídicas, los cuales, por ser absolutos y tener rango constitucional, no deben ceder frente al interés superior de la niñez de edad; cuyos principales argumentos fueron los siguientes:*

De manera que al existir en un juicio previo sentencia firme en la que se decidió sobre la acción de reconocimiento de paternidad, la cual guarda identidad de personas, objeto y causa, es indudable que no es posible alterar aquélla, aun en el extremo de que se adviertan infracciones procesales o formales en detrimento de la niñez, ello, en aras del respeto a la institución de la cosa juzgada; además, soslayar lo anterior sería permitir la posibilidad de que se tramitara una cadena

interminable de nuevos juicios hasta que finalmente, aun por un descuido procesal del supuesto padre, se reconozca y quede firme la paternidad atribuida.¹¹⁵

La Primera Sala de la Suprema Corte determinó que en el caso concreto si existe contradicción entre lo resuelto por el Séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito y el al Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y civil del Decimonoveno Circuito, puntualizando que la cuestión a dilucidar era la siguiente:

Si en un juicio de reconocimiento de paternidad, debe prevalecer la figura procesal de cosa juzgada cuando en un diverso juicio ya se demandó la misma acción, sin que ésta haya prosperado, en virtud de que no se llevó a cabo la prueba pericial correspondiente, o si por el contrario, ésta debe ceder ante el interés superior de la niñez¹¹⁶.

En este sentido para estudiar el fondo del asunto la Primera Sala se avoco a estudiar las figuras de cosa juzgada e interés superior de la niñez de edad, para así determinar cuál de ellas debía prevalecer en el caso presentado.

Bajo este orden de ideas se concluyó que para la procedencia de la excepción de cosa juzgada el requisito relativo a la identidad de las personas se justifica en la medida en que se presume que las personas que participaron en el primer juicio ya tuvieron oportunidad de ser escuchadas y de ofrecer pruebas para acreditar sus pretensiones o defensas.

Así, la Primera Sala señala en lo que al tema interesa, que “la institución procesal de la cosa juzgada se relaciona con el derecho de acceso efectivo a la justicia (artículo 17 constitucional) y se vincula a la seguridad jurídica (artículo 14 y

¹¹⁵ Tesis: XIX.1o.A.C.54 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2816.

¹¹⁶ Contradicción de Tesis 496/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 25/08/2019, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24416&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2003727>

16 constitucionales), en la medida en que se identifica con una sentencia firme, que por provenir de un juicio concluido, se presume fueron cumplidas todas las formalidades esenciales del procedimiento, y constituye una verdad legal que ya no es susceptible de discusión.”¹¹⁷

En este sentido y como ya se detalló en el cuerpo del presente trabajo de investigación, la Primera Sala de la Suprema Corte estableció que el interés superior de la niñez que deriva del artículo 4º constitucional y de la Convención sobre los derechos del niño, impone un deber de cuidado y protección especial a todos los individuos menores de 18 años en México.

Es obligación de todos los órganos de autoridad, incluido el poder judicial salvaguardar los intereses de los niños, niñas y adolescentes y aplicar todos los medios de protección que tenga a su alcance para velar por el cumplimiento de esta obligación internacional, pues así se desprende de la reforma constitucional del artículo en cita.

Y también señala que:

No obstante, para poder cumplir con esa obligación, en primer lugar es necesario que el juzgador tenga presente cuáles son los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las legislaciones ordinarias reconocen a favor de la niñez, después es preciso que esos derechos se interpreten y apliquen en forma adecuada, es decir, de la manera que más favorezca las prioridades de los infantes, teniendo siempre en cuenta su condición personal, a efecto de salvaguardar su sano desarrollo en todos los ámbitos posibles, como son el físico, el mental, espiritual, moral, psicológico y social, pues es evidente que por su falta de madurez física y mental, los menores requieren de cuidados especiales y una protección legal reforzada, por ello, cuando en un juicio se discuten derechos de menores, el juzgador a efecto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el

¹¹⁷ Contradicción de Tesis 496/2012, óp. cit. ibídem.

artículo 4o. constitucional, está constreñido a atender todas la circunstancias o hechos que se relacionen con la niñez, ya sea que éstas formen parte de la litis o vayan surgiendo durante el procedimiento, por tanto, también está obligado a ordenar la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria que estime conducente para investigar todo lo que sea necesario con relación a los hechos o circunstancias advertidas, a efecto de dictar una sentencia en la que con razonamientos objetivos se tenga plena convicción de que lo decidido con relación a la infancia no le resultará nocivo, ni contrario a su formación y desarrollo integral.

Por este motivo se resolvió en definitiva la contradicción de tesis prevaleciendo la siguiente tesis de jurisprudencia por contradicción: *Reconocimiento de paternidad. El interés superior de la niñez debe prevalecer en el juicio relativo frente a la institución de la cosa juzgada;* y en la cual se desarrolló el siguiente argumento a favor del interés superior de los niños, niñas y adolescentes:

Cuando en un segundo juicio de reconocimiento de paternidad, el presunto progenitor opone la excepción de cosa juzgada bajo el argumento de que en un primer juicio ya fue absuelto, pero ello obedece a que en éste se omitió desahogar la prueba pericial en genética, la cual resulta ser la idónea para el esclarecimiento de la verdad, esa excepción no debe prosperar pues la cosa juzgada presupone que el juicio del cual deriva, "cumplió con las formalidades esenciales del procedimiento", lo que no puede considerarse satisfecho cuando en el primer juicio, pasando por alto el interés superior de la niñez, se omite ordenar el desahogo, ampliación o perfeccionamiento de esa prueba, ya que esa omisión no sólo infringe la formalidad relacionada con la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, sino que además transgrede el derecho de acceso efectivo a la justicia de la niñez, pues aunque no le niega acceder a los órganos jurisdiccionales para que se

resuelva la controversia, este derecho se vuelve ineficaz si dentro del procedimiento no se reconoce que por su propia condición requiere de una protección legal reforzada, la cual obliga a ordenar, incluso de oficio, su desahogo.¹¹⁸

Es menester hacer patente que para la presente investigación es importante esta resolución por que trata un tema recurrente en todos los procedimientos familiares, el “interés superior de la infancia como formalidad esencial del procedimiento”.

Por medio de esta contradicción la Primera Sala no solo determino que el interés superior de la infancia tiene mayor rango de protección que la institución de cosa juzgada, sino que estableció un precedente muy importante para establecer que en todo procedimiento en el cual no se vele por proteger el interés superior de la infancia, tampoco se están preservando las formalidades esenciales de procedimiento para los niños involucrados.

Esto quiere decir que ya no identificamos al interés superior de la infancia solo como un derecho sustantivo, o como una pauta interpretativa, sino también ahora como un derecho procedimental que afecta la esfera jurídica de las personas menores de 18 años, lo cual constituye un punto de estudio diverso a lo establecido tradicionalmente.

2.- Amparo directo en revisión 648/2014

En la resolución del amparo directo en revisión 648/2014 se establecieron los lineamientos para que los niños, niñas y adolescentes ejercieran su derecho a participar en los procedimientos judiciales en que se afecte su esfera jurídica.

Los antecedentes del caso no tienen que ver con un procedimiento familiar, sino con diversos procedimientos civiles en lo que se involucran figura como

¹¹⁸ Tesis: 1a. /J. 28/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XX, mayo de 2013, t. 1, p. 441.

usucapión, acción reivindicatoria, nulidad de contratos e interés superior de la niñez de edad.

1. En resumen, en enero 2002 una mujer *A* adquirió mediante contrato de compraventa, para sí el usufructo vitalicio y para su hija menor de edad a la nuda propiedad, un predio rústico.
2. En el mes de marzo del año 2005 la señora *A* por sí misma y en carácter de representante de *a* celebró contrato privado de compraventa al señor *B* al cual le vendió el predio rústico.
3. En el mes de julio del año 2005 el señor *B* vendió a otra persona señor *C* una porción del predio rústico a que se ha hecho referencia que será referida como *predio a* y posteriormente en ese mismo mes y año otra porción contigua a la primera referida como *predio b*.
4. En el año 2008 la señora *A* en representación de su hija *a* promovió un juicio sumario de rescisión de contrato de compraventa, por el contrato celebrado con el señor *B* debido a que no se recabó la autorización judicial para la enajenación bienes de la menor *a*, acción que prosperó declarándose la nulidad de contrato referido.
5. En el mes de noviembre del año 2010 ante la falta de escrituración de las porciones de terrenos compradas el señor *C* demandó la prescripción positiva a su favor en contra de su vendedor el señor *B* y en contra de la señora *A* (cabe aclarar que durante la secuela procesal no se exhibió el contrato celebrado entre *A* y *B* solo recibos de pagos para acreditar la existencia de dicho acto jurídico).
6. La señora *A* manifestó al contestar la demanda que efectivamente había celebrado un contrato de promesa de compraventa con *B*, bajo la condición de recabar la autorización judicial para poder celebrarlo, lo cual nunca ocurrió y reconvino la reivindicación del predio por considerar que *C* lo poseía de mala fe.
7. En el mes de abril del año 2012 se dictó sentencia definitiva en la cual se condenó a los demandados (señora *A* y señor *B*) al pago de todas

las prestaciones y se absolvió al señor C de las que se le reclamaron en la reconvención.

8. La señora A inconforme con la sentencia promovió recurso de apelación el cual fue resuelto en el mes de agosto del año 2012, en el sentido de confirmar el fallo apelado; el cual fue recurrido por la vía de amparo directo.¹¹⁹

En la sentencia de amparo directo el Tribunal Colegiado determino lo siguiente:

- a) En lo que respecta al *predio a* fue negado el amparo a la señora A y a su hija menor de edad a, pues se acredito que el adquirente señor C tuvo justo título y además de ser poseedor de buena fe (no obra constancia que acredite que conocía los vicios del título de su enajenante el señor B), además de que ya habían transcurrido más de cinco años para la prescripción.
- b) En lo que respecta al *predio b* en suplencia de la queja se concedió el amparo, pues, aunque no se manifestó en los agravios no había transcurrido el tiempo necesario para la prescripción de la fracción del predio, y se debía preservar el interés superior de la niña.

Ante tales circunstancias la señora A interpuso recurso de revisión, el cual una vez admitido fue turnado a resolución. Una vez que la Primera Sala estudio los agravios planteados se propuso a resolver las siguientes tres interrogantes que son medulares para el presente trabajo de investigación:

- ¿Es ajustada a derecho la interpretación formulada por el tribunal de amparo en el sentido de que el interés superior de la niñez tiene el alcance de suplir la queja deficiente en su favor, aun ante la falta de agravios o de conceptos de violación e, incluso, respecto de cuestiones

¹¹⁹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación et al, "Suplencia en la deficiencia de la queja con base en el interés superior de la niñez.", *Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, No. 102, Año. 2018, pp. 29-33.

que no formaron parte de la litis en el juicio de origen, cuando se advierte violación a sus derechos?

- ¿Es correcta la *interpretación implícita* que subyace en la sentencia impugnada, relativa a que el interés superior de la niñez no tiene el alcance de inobservar instituciones como la prescripción adquisitiva, cuando se trata de bienes que son propiedad de una persona menor de edad?

- ¿Cómo debe calificarse el resto de los agravios?¹²⁰

La suplencia en la deficiencia de la queja con base en el interés superior de la niñez, como deriva de la contradicción de tesis revisada en el apartado anterior, y confirmada en el presente amparo forma parte de *las formalidades esenciales del procedimiento*, en ese sentido es obligación de los juzgadores mexicanos debido al pacto internacional subsanar aquellas omisiones que hubiesen ocurrido en el procedimiento, por inexperticia de los representantes de los menores.

Por lo tanto, no solo es posible suplir la queja deficiente, sino que es una obligación hacerlo cuando se trata de derechos de niños, niñas y adolescentes. Así lo manifestó el máximo tribunal en la resolución estudiada como a continuación se transcribe:

La Primera Sala determino que dado que una de las funciones normativas del interés superior de la niñez es tomar en cuenta aspectos dirigidos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, es el caso de concluir que fue correcta la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado, en torno a que el interés superior de la niñez no solamente posibilita, sino obliga al juzgador a suplir la queja deficiente, aun ante la falta de agravios o de conceptos de violación e, incluso, respecto de cuestiones que no formaron parte de la litis en el

¹²⁰ Amparo directo en revisión 648/2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 25/08/2019, pfo. 31, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=27012&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2013952>

juicio de origen, cuando se advierte violación a sus derechos, derivada de una indebida valoración de pruebas.¹²¹

La segunda pregunta refiere al hecho de que, en la sentencia del Tribunal colegiado, implícitamente se determinó que la figura de la prescripción se encuentra por encima del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, situación ante la cual la Primera Sala establece que no es correcto concluir eso, pues:

...no es que el Tribunal Colegiado haya resuelto la prevalencia de la institución de la prescripción sobre el interés superior de la menor, pues en ningún momento el órgano jurisdiccional efectuó algún ejercicio de ponderación de ese tipo, antes bien, lo que hizo la autoridad de amparo fue valorar las pruebas para verificar que se hubieran satisfecho los elementos de la acción respecto de la prescripción de ambas fracciones de terreno, pues no soslayó que la adquisición de uno y otro predios se verificó en fechas diferentes, lo que lo llevó a analizar independientemente cada uno de los títulos con los que el demandante entró a poseer los terrenos; de manera que el tratamiento que dio a una y otra pretensión fue el mismo, lo que varió fueron las pruebas ofrecidas en uno y otro caso, que ameritó un estudio diferente en cada uno.¹²²

En este sentido lo que debe evaluarse, es también la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes y su facultad de intervenir en los procedimientos judiciales que afecten su esfera jurídica.

Finalmente, en lo que respecta a la tercera y última pregunta de cómo se deben estudiar el resto de los agravios vertidos, estos fueron declarados inoperantes por tratarse de cuestiones de legalidad, que no son susceptibles de estudiarse en el foro constitucional.

Bajo este orden de ideas la Primera Sala, resolvió confirmar la resolución recurrida y estableció la jurisprudencia por reiteración con el rubro: *Derecho de los*

¹²¹ Amparo directo en revisión 648/2014, óp. cit., pfo.36.

¹²² *Ibíd*em, pfo. 41.

niños, niñas y adolescentes a participar en los procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica. Lineamientos para su ejercicio;

Dentro de los puntos más relevante que se pueden apreciar en la jurisprudencia mencionada es que para la admisión de la opinión del niño, debe tomarse en consideración su madurez y no su edad (autonomía progresiva), así mismo debe haber concentración y unidad procurando que se realice en una sola ocasión.

También se prevé que, para la entrevista con los niños, sean informados con un lenguaje accesible, pero sobre todo garantizar que su participación sea voluntaria, porque es su facultad decidir si quieren o no intervenir.

Por otro lado, durante la entrevista con los menores de 18 años, se establece que debe existir una persona de confianza de niño o niña, así como un especialista en tema de menores recomendablemente un psicólogo y que sea realizado en un lugar adecuado (tanto en condiciones físicas como emocionales).

Así mismo los menores deben ser consultados respecto a la confidencialidad de la entrevista y deben intervenir expresando su opinión por sí mismo, sin que esto sea obstáculo para que tenga un representante legal y en caso de ser necesario por conflicto de intereses que le sea nombrado un tutor interino.

Estos puntos los podemos encontrar sintetizados en la siguiente tabla:

Tabla 2 Lineamientos que deben observarse para la participación de niñas y niños dentro de cualquier procedimiento jurisdiccional.

(1) Para la admisión de la prueba debe considerarse:	a) La edad biológica de los niños no es un criterio determinante para determinar la participación del niño o niña en el procedimiento. El criterio debe ser la madurez, entendida como la capacidad de comprender el asunto, las consecuencias y de formarse un criterio propio.
	b) Evitar la práctica desconsiderada de este derecho (es decir, evitar someter al niño o niña varias veces a dar su opinión).
	c) Debe evitarse entrevistar a los niños más veces de las necesarias.

(2) Para preparar la entrevista en la que participaran los niños	a) Se requiere que sean informados en un lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento y su derecho a participar
	b) Se debe garantizar que su participación sea voluntaria
(3) Para el Desahogo de la prueba, la declaración deberá llevarse en una diligencia seguida la forma de entrevista o conversación	a) El juzgador deberá reunirse previamente a la entrevista con un especialista en temas de la niñez, ya sea psiquiatra o psicólogo.
	b) La entrevista debe desarrollarse, en la medida del posible, en un lugar que represente un ambiente hostil para el niño o niña, un lugar donde pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones.
	c) Además del juez o el funcionario que recabe la entrevista, debe estar presente el especialista en temas de la niñez con el que previamente se reunió el juzgador, y siempre que el menor lo solicite una persona de su confianza, siempre que no se genere un conflicto de intereses.
	d) Se debe registrar la declaración o testimonio de los niños íntegramente, ya sea mediante transcripción de toda la audiencia o por medios tecnológicos.
(4) Los niños deben intervenir directamente en la entrevista	a) Esto no implica que no puede tener un representante durante el juicio, lo cual recaerá en la persona que legalmente este llamado a ejercerla, salvo en caso de conflicto de intereses
	b) En caso de conflicto de intereses deberá nombrarse un tutor interino.
5) Al finalizar debe consultarse sobre la confidencialidad de sus declaraciones al niño o niña.	En cualquier caso, la decisión final sobre la confidencialidad será del juzgador, para evitarles algún conflicto que pueda afectar su salud mental o en general su bienestar.

Elaboración propia en base en la información contenida en la jurisprudencia Tesis: 1a. /J. 12/2017 (10a.)¹²³

Cabe hacer algunas críticas al lenguaje utilizado en la jurisprudencia, ya que si bien es cierto no habla de los lineamientos para *admitir una prueba*, lo cierto es que la opinión de la niñez no es en todos los casos un medio de prueba, pues a diferencia de los testigos, a los niños se le puede preguntar sobre sus sentimientos, sobre sus deseos, sobre sus inquietudes. Por ello se considera que el termino prueba es demasiado rígido para designar a la diligencia de escucha de personas niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, otra crítica es cuando señala que en caso de conflicto de intereses deberá nombrarse un *tutor interino* (por que los casos de nombramiento de tutor

¹²³ Tesis: 1a. /J. 12/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, marzo de 2017, t. I, p. 288.

interino no se no se actualizan a éste supuesto), cuando de acuerdo con la legislación vigente y la doctrina aplicable al caso concreto lo más idóneo sería denominarlo *tutor especial*, porque tendrá facultades para intervenir y representar al menor en ese asunto judicial específicamente por un posible conflicto con los derechos de los padres, quienes en ningún momento perderán la representación del hijo que deriva de la patria potestad.

3.- Contradicción de tesis 256/2014

La última resolución analizada surgió de una discrepancia entre los criterios de dos Tribunales Colegiados de Circuito respecto al tema del derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes, pues se plantea la interrogante ¿es una obligación tajante del Estado obtener la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales y administrativos o se tiene estudiar cada caso concreto de acuerdo a la madurez de cada infante?

El primer caso derivó de los siguientes hechos:

1. En la vía especial de divorcio contencioso, la madre de una menor de edad por derecho propio y en representación de su menor hija (en aquel momento, de cinco años), demandó del padre de la menor de edad la guarda y custodia de la niña y una pensión alimenticia para ambas.
2. La demanda fue admitida y se ordenó emplazar al demandado. Este último dio contestación, opuso las excepciones y defensas que estimó convenientes y reconvino de la actora un régimen de convivencias con la menor, así como las costas del juicio.
3. La Juez de primer grado dictó sentencia definitiva, en la que acogió la pretensión de la actora, declaró disuelto el vínculo matrimonial entre las partes, otorgó la guarda y custodia de la menor a favor de la madre, fijó como pensión alimenticia a favor de la niña el equivalente al veinte por ciento del total de las percepciones del demandado y decretó como régimen de convivencia el que se estableció para la convivencia provisional.
4. En contra de esa resolución, la parte actora interpuso recurso de apelación. En la sentencia, el tribunal de alzada ordenó reponer el procedimiento, para

el efecto de que la Juez de primera instancia reparara la omisión en que incurrió, *al no desahogar la comparecencia de la niña* y, de considerarlo necesario, ordenara que se realizaran las gestiones necesarias con la finalidad de obtener datos suficientes para estar en condiciones de resolver sobre la guarda y custodia reclamada.

5. Contra esa determinación, la madre de la niña promovió juicio de amparo indirecto, argumentando, esencialmente, que en el juicio no existía contienda o desacuerdo sobre la guarda y custodia de la menor ni sobre los derechos de convivencia del padre con la niña, por lo que no era necesario que esta última compareciera. Se resolvió conceder el amparo para efectos a la parte quejosa, a fin de que la Sala responsable fundara y motivara las razones por las cuales estimó que era necesario recabar la entrevista con la menor cuando en el juicio ya obraba ésta, y diera las razones por las cuales los medios de prueba aportados no resultaron idóneos o suficientes, a fin de que la sentencia que se emitiera protegiera el interés superior de la menor.
6. En el recurso de revisión interpuesto contra tal concesión del amparo, el Tribunal Colegiado dictó sentencia, en la que revocó la sentencia recurrida y negó el amparo a la quejosa, por las razones siguientes:

El tribunal federal calificó como infundados los conceptos de violación de la quejosa, al estimar ajustada a derecho la decisión de la Sala responsable de ordenar la reposición del procedimiento, a fin de recabar la comparecencia de la menor, ya que el Juez natural debía allegarse de los medios de prueba pertinentes para llegar al correcto conocimiento de la verdad. En este sentido, el tribunal afirmó compartir el sentir del Magistrado responsable, al considerar que se requerían más elementos de prueba junto con la intervención de la menor de edad, a fin de pronunciar de manera razonada la solución estable, justa y equitativa más benéfica para la menor, velando siempre por su interés superior.¹²⁴

¹²⁴ Contradicción de Tesis 256/2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 25/08/2019, pfo. 26.1,

El Tribunal Colegiado partía del supuesto de que es un requisito *sine qua non* obtener la opinión de la niña en el asunto, independientemente de que contraviniera o no el derecho de custodia o el régimen de convivencias, por lo que a consideración del tribunal federal es una obligación en todo procedimiento judicial escuchar a los niños, niñas y adolescentes involucrados, destacando con ello la relevancia del artículo 12 de Convención sobre los derechos del niño.

Por otro lado, los hechos que originaron el segundo criterio contendiente fueron los siguientes:

1. En la vía ordinaria civil el padre un menor de edad, demandó de la madre de su hijo la convivencia y posesión interina del niño.
2. Fue admitida la demanda, se ordenó emplazar a la enjuiciada y se determinó, como régimen de convivencia provisional entre el menor y su padre, un día a la semana, la cual debía ser supervisada por el Centro Estatal de Convivencia Familiar del Estado.
3. Seguido el procedimiento respectivo, se resolvió el juicio oral de convivencia y posesión interina de menores, en el que se recomendó tratamiento psicológico familiar por un periodo no menor a seis meses ni mayor a un año; entre otras cosas, se determinó que la convivencia entre padre e hijo debía ser de manera supervisada los domingos de cada semana por un lapso de dos horas.
4. Posteriormente, la demandada promovió juicio de amparo indirecto en contra de dos proveídos del Juez, en los que se ordenó la reanudación de las convivencias entre el menor y su padre en el centro de convivencias, en la modalidad de entrega-recepción, con el apercibimiento de multa a la madre para el caso de incumplimiento. La quejosa argumentó, esencialmente, que el cambio de régimen de convivencia implicó una violación al procedimiento, ya que esa

determinación debió realizarse vía incidental, a fin de respetarse la naturaleza contradictoria del juicio, en este sentido, el Juez de Distrito, concedió el amparo para efectos a la quejosa.

5. En el recurso de revisión interpuesto por la quejosa (demandada) contra esa resolución, el Tribunal Colegiado auxiliar dictó la sentencia de treinta y uno de octubre de dos mil doce, en la que modificó la sentencia recurrida y concedió el amparo a la promovente del amparo. El Tribunal Colegiado estimó parcialmente fundados los agravios, con base en los siguientes argumentos:

Sobre el caso particular, el órgano federal señaló que la modificación del régimen de convivencia entre el menor y su padre debió realizarse vía incidental, porque únicamente de esa manera se escucharía a las partes involucradas y podrían analizarse las pruebas que al respecto ofrecieran, incluso, oír la opinión de la niñez (si fuera procedente), siempre en atención a las particularidades de su propia condición, como es su edad, tomando en cuenta que, con ello, no se le ocasionara algún daño de carácter psicológico, a fin de que en el juicio se resolviera lo más benéfico para el menor.¹²⁵

Como se puede observar de la lectura de los argumentos, la postura del Tribunal Colegiado en esta situación es la opinión de la niñez debe estar sujeta a la valoración del juez, lo que se detalla con la frase entre paréntesis *si fuera procedente*. Y esta postura colisiona con la del asunto anterior donde se plantea lo obligación de todo juzgado a oír en todo caso a los niños, niñas y adolescentes.

Es por este motivo que, en segundo caso, el Tribunal Colegiado afirmó que este derecho del niño a expresar su opinión libremente debía salvaguardarse en el sentido de que el menor en cuestión no fuera manipulado ni presionado, y que sus opiniones fueran tomadas en cuenta en función de su edad y madurez, es decir hace referencia a la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes y por lo tanto de su correcta apreciación por parte del juez.

¹²⁵ Contradicción de Tesis 256/2014, óp. cit., pfo 32.3.

Esta es la conclusión a la que llega la Primera Sala al resolver la contradicción de tesis pues señala:

Conforme a lo anterior, resulta evidente que existe una discrepancia entre los tribunales sobre los alcances del derecho de los menores a participar en los procedimientos jurisdiccionales que les afecten, pues lo que para un órgano jurisdiccional resulta una regla irrestricta, fuente generadora de obligaciones para el Juez, para el otro queda sujeto a una valoración judicial, dependiente, además, de la edad biológica de la niñez como factor determinante.¹²⁶

Porque la pregunta que plantea resolver la Sala en la controversia es la siguiente: “¿La obligación del juzgador para escuchar a los niños, niñas y adolescentes dentro de los procedimientos que les afecten está sujeta a una valoración del propio Juez, o constituye una regla irrestricta en cualquier juicio?”¹²⁷

Después de realizar un estudio de la normativa vigente y de lo que la Suprema Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido por el derecho de participación de las personas niños, niñas y adolescentes, llega a dos conclusiones relevantes para el caso de estudio.

La primera deriva de la tesis de jurisprudencia por contradicción con rubro: *Interés superior de la niñez. El ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los procedimientos que afecten su esfera jurídica involucra una valoración de parte del juez.*

Por lo anterior se concluye que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los procedimientos jurisdiccionales y administrativos que afecten su esfera jurídica, no es un derecho irrestricto y absoluto, pero la valoración del juez en este sentido tampoco debe ser entendida como una barrera para su ejercicio,

¹²⁶ *Ibíd*em, pfo. 36.

¹²⁷ *Ibíd*em, pfo. 41.

sino que todo dependerá de grado de madurez biológica y psicológica de la niñez, como se desprende de la transcripción siguiente:

...su participación (*de los niños, niñas y adolescentes*) no constituye una regla irrestricta, pues asumir tal rigidez implicaría dejar de lado las condiciones específicas que rodean a los niños en casos particulares, lo que podría ir en detrimento de su interés superior. En este sentido, tanto al evaluar de oficio la participación de los niños, niñas y adolescentes como al analizar la conveniencia de la admisión de su declaración o testimonio ofertada por las partes, el Juez debe evitar la práctica desmedida o desconsiderada del derecho, lo que podría acontecer si sus derechos no forman parte de la litis del asunto, si el menor ha manifestado su deseo de no intervenir o hacerlo a través de sus representantes, si se pretende entrevistarlos más veces de las necesarias, o si de cualquier manera pudiera ponerse en riesgo su integridad física o psíquica. Ahora bien, esta sujeción a valoración judicial de la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos jurisdiccionales no debe ser jamás leída como una barrera de entrada, sino como el mecanismo que da cauce a su derecho...¹²⁸

Por otro lado, la Primera Sala propone otro criterio interesante respecto al derecho de participación de las personas niños, niñas y adolescentes en relación con su autonomía progresiva y no a su edad biológica en la tesis de jurisprudencia que también deriva de la ejecutoria estudiada en este apartado titulada: *Interés superior de la niñez. El derecho de los menores a participar en los procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica no puede estar predeterminado por una regla fija en razón de su edad.*

Bajo este orden de ideas, la jurisprudencia mencionada nos señala que no se puede establecer un parámetro único para determinar la participación o no de los

¹²⁸ Tesis: 1a. /J. 12/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, mayo de 2015, t. I, p. 383.

niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales, y se expresa lo siguiente:

De conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los menores tienen derecho de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que los afectan. Ahora bien, su participación en un procedimiento jurisdiccional no puede estar predeterminada por una regla fija en razón de su edad, ni aun cuando esté prevista en ley. Atendiendo al principio de autonomía progresiva, la edad biológica no guarda necesaria correlación con la madurez y la posibilidad de formarse un juicio o criterio propio. De ahí que no puede partirse de parámetros cronológicos específicos para establecer una generalización de cuándo los menores deben participar en procedimientos jurisdiccionales...¹²⁹

Por lo anterior de la ejecutoria revisada se concluye que es deber del juzgador valorar con forma al principio de autonomía progresiva en cada caso concreto si debe o no participar los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos donde se afecte su esfera jurídica, y da la obligación a los tribunales de fundar y motivar en caso de negar este derecho a la participación, porque solo así se protegería el interés superior de la infancia.

II. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO PARA EL ANÁLISIS DE CONTENIDO Y ELECCIÓN DE CATEGORÍAS

Es bien sabido que el investigador jurídico tiene a su disposición diversos enfoques metodológicos para el estudio de las problemáticas sociales que impactan al derecho.

Por un lado, existen enfoques normativistas que pretenden hacer un estudio que “opera de arriba abajo partiendo de la reconstrucción de un sistema normativo para determinar las respuestas o los distintos casos genéricos, y con estas la

¹²⁹ Tesis: 1a. /J. 13/2015 (10a.), óp. cit. p. 382.

solución de los casos individuales”¹³⁰, es un modelo de análisis lógico de sistemas normativos ampliamente difundido en México con una tendencia claramente positivista.

Por otro lado existen metodologías argumentativas, las cuales tiene como enfoque principal “proporcionar una respuesta correcta o justificada que suele partir del “caso concreto”..., para extraer de este elementos, aspectos o propiedades que permitan justificar una solución o respuesta genérica, tanto para el caso judicial bajo examen como para todos aquellos otros casos que sean iguales en sus aspectos relevantes”¹³¹, en pocas palabras, es un enfoque cualitativo en el que se parte del caso concreto para obtener soluciones generales.

Este último será justamente el enfoque metodológico que se utilizará en el análisis expedientes en versión pública de procedimientos especiales de divorcio incausado del Estado de México, en donde se involucran derechos de niños y adolescentes.

Esto quiere decir, que más allá de analizar si en el sistema jurídico mexicano en materia de derecho familiar, existe un conjunto de supuesto jurídicos perfectamente aplicables a los casos judiciales por cumplir con los requisitos formales, se pretende partir a la inversa, es decir; se realizará un estudio de elaboración de criterios reguladores a partir de los casos concretos resueltos ir los tribunales.

Lo anterior tiene su justificación, en el sentido de que en la actualidad el ciudadano de pie, cuando se interesa por temas jurídicos suele hacerlo por casos prácticos de su vida cotidiana, por ejemplo, como se resolverá determinado caso judicial, o la reclamación que ha presentado, o su recurso que ha interpuesto ante

¹³⁰ Cfr. Martínez Zorrilla, David, “Variaciones metodológicas en el análisis de casos y jurisprudencia” en Larenguet, Guillermo (Coord.), *Metodología de la Investigación Jurídica. Propuestas Contemporáneas*, 1ª ed., Córdoba-Argentina, Editorial Brujas, 2016, pp. 176 y 177.

¹³¹ Martínez Zorrilla, óp. cit., p. 179

una autoridad, o cual será la liquidación de impuestos que deberá pagar, o incluso como se resolverá el último caso de corrupción descubierto¹³².

En todos estos ejemplos, lo que le interesa saber al ciudadano es como se resolverán estos casos, es decir, se interesa por la resolución práctica del conflicto más allá del contenido sustancial del mismo (del cual se deben hacer cargo los operadores jurídicos). De ahí que, sea relevante establecer que es un caso o más en específico un *caso jurídico*, pues el problema de investigación será planteado por medio de casos.

En términos simples, podemos entender que *caso jurídico* “es un caso individual que es objeto de una controversia o proceso judicial”¹³³ y que se diferencia del *caso genérico* por que, el primero es la actualización del hecho descrito en el supuesto normativo. En otras palabras, el *caso jurídico* es la actualización en el mundo factico de la hipótesis contenida en la norma jurídica a la cual llamamos *caso genérico*.

En la presente investigación, como el estudio se centrará en los casos judiciales, la metodología será ascendente “para extraer de los casos individuales o de las controversias judiciales ciertas pautas, elementos y características que nos ayuden a configurar soluciones a casos genéricos”¹³⁴, es decir partiremos de los *casos judiciales* particulares para complementar los *casos genéricos* o supuestos normativos.

Una vez, que se ha definido al *caso judicial* debemos plantear cual será el mecanismo por medio del que se establecerán cuáles son los *casos judiciales* que serán objeto de estudio en la presente investigación. Para ello, es menester justificar antes que todo, tres aspectos fundamentales:

El primero es: ¿Por qué se seleccionó como ámbito geográfico el distrito judicial de Tlalnepantla, Estado de México de entre todos los distritos judiciales?

¹³² *Ibíd.*, p. 175.

¹³³ Martínez Zorrilla, *óp. cit.*, p. 176.

¹³⁴ *Ibíd.*

El segundo es: ¿Por qué centrar la investigación en los procedimientos especiales de divorcio incausado? y;

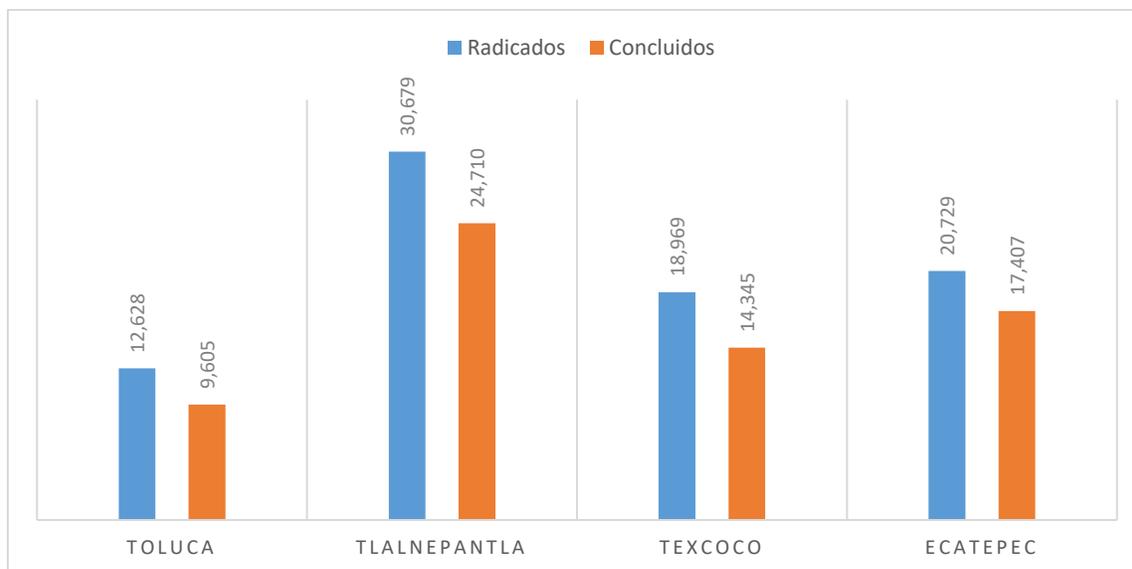
El tercero es ¿Por qué se seleccionaron sólo 30 expedientes de un universo de estudio tan grande?

Para responder a la primera de las interrogantes debemos remitirnos al *Cuarto Informe de Desarrollo Estratégico 2018*, del Presidente Magistrado Sergio Javier Medina Peñaloza, en su versión descargable en formato PDF¹³⁵, concretamente en la tabla denominada *Asuntos Radicados y Concluidos por Región Judicial en las Materias Civil, Familiar y Mercantil* misma que se agrega como anexo y de la cual se puede obtener la siguiente información:

En el año 2018 se radicaron/concluyeron en las cuatro regiones judiciales en materia familiar el siguiente número de asuntos: En la región de Toluca se radicaron 12,628 y a su vez fueron concluidos 9,605; por su parte en la región de Tlalnepantla fueron iniciados 30,679 y fueron concluidos 24,710; en la región de Texcoco iniciaron el trámite de 18,969 mientras que fueron terminados 14,345, y finalmente en la región de Ecatepec se radicaron 20,729 y fueron concluidos 17,407, tal y como se puede apreciar en la siguiente gráfica:

Gráfica 1 Asuntos radicados/concluidos por región judicial en materia familiar en el año 2018.

¹³⁵ Poder Judicial del Estado de México, “Cuarto Informe Desarrollo Estratégico 2018”, versión la línea, p. 15, fecha de consulta 13/08/19, en: <http://cuartoinforme.pjedomex.gob.mx/cuartoinforme/>



Elaboración propia a partir de los datos obtenidos del *Cuarto Informe de Desarrollo Estratégico*.

Es importante mencionar que la región judicial de Tlalnepantla a que se refiere el informe citado, se encuentra compuesta por dos distritos judiciales el *Distrito II Cuautitlán* y el *Distrito XV Tlalnepantla*.

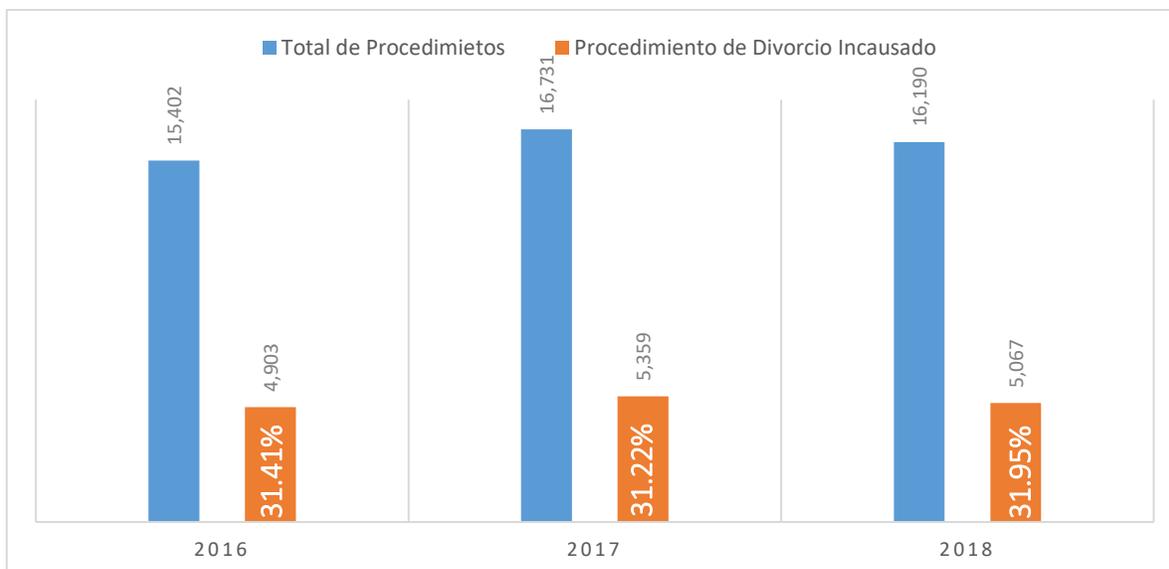
Ahora bien, conforme a la respuesta a la solicitud de información pública con folio 00519/PJUDICI/IP/2019 (se agrega tablas de respuesta como ANEXO 2) se obtuvieron los siguientes datos sólo del Distrito Judicial de Tlalnepantla:

1.- Durante el año 2016 fueron iniciados 15,402 procedimientos judiciales en materia familiar de los cuales 4,903 son de divorcio incausado lo cual representa el 31.41% del total;

2.- Durante el año 2017 ingresaron un total de 16,731 en materia familiar de los cuales 5,459 fueron por divorcio incausado lo que representa el 31.22% del total;

3.- Durante el año 2018 de un total de 16,190 asuntos ingresados en materia familiar y de ellos 5,067 fueron divorcios incausado lo que representa el 31.95% del total de los juicios, tal y como se puede apreciar en la siguiente gráfica:

Gráfica 2 Asuntos totales y por divorcio incausado en el distrito judicial de Tlalnepantla (2016-2018).



Elaboración propia a partir de la respuesta a la solicitud de información 00519/PJUDICI/IP/2019.

Como se desprende de los datos obtenidos se puede observar que, en la región judicial de Tlalnepantla, se concentra la mayor actividad judicial en materia familiar, aunado al hecho de que el Distrito Judicial de Tlalnepantla supera por sí mismo el número de asuntos en materia familiar que la región judicial de Toluca (16,190 contra 12,628 en el año 2018).

Si bien es cierto tanto los Distritos Judiciales de Ecatepec y Nezahualcóyotl, tiene cifras que rivalizan con la densidad poblacional del Distrito de Tlalnepantla, este último representa un ámbito geográfico idóneo para la realización del estudio en la materia.

Esto aunado al hecho de la viabilidad y factibilidad de la investigación por cercanía geográfica del investigador y al centro de estudio, lo cual facilita la toma de muestras y reduce costos de desplazamiento.

En lo concerniente a la segunda pregunta, también debemos referirnos al *Cuarto Informe de Desarrollo Estratégico 2018*, en el cual se realiza un desglose de la frecuencia de juicios en materia familiar en todo el Poder Judicial del Estado de México.

En la siguiente grafica obtenida del informe, podemos apreciar que los en el año 2018 los procedimientos familiares más frecuentes son los siguientes:

1º Por los procedimientos especiales de divorcio incausado con 37,716 asuntos que representan el 34.2%

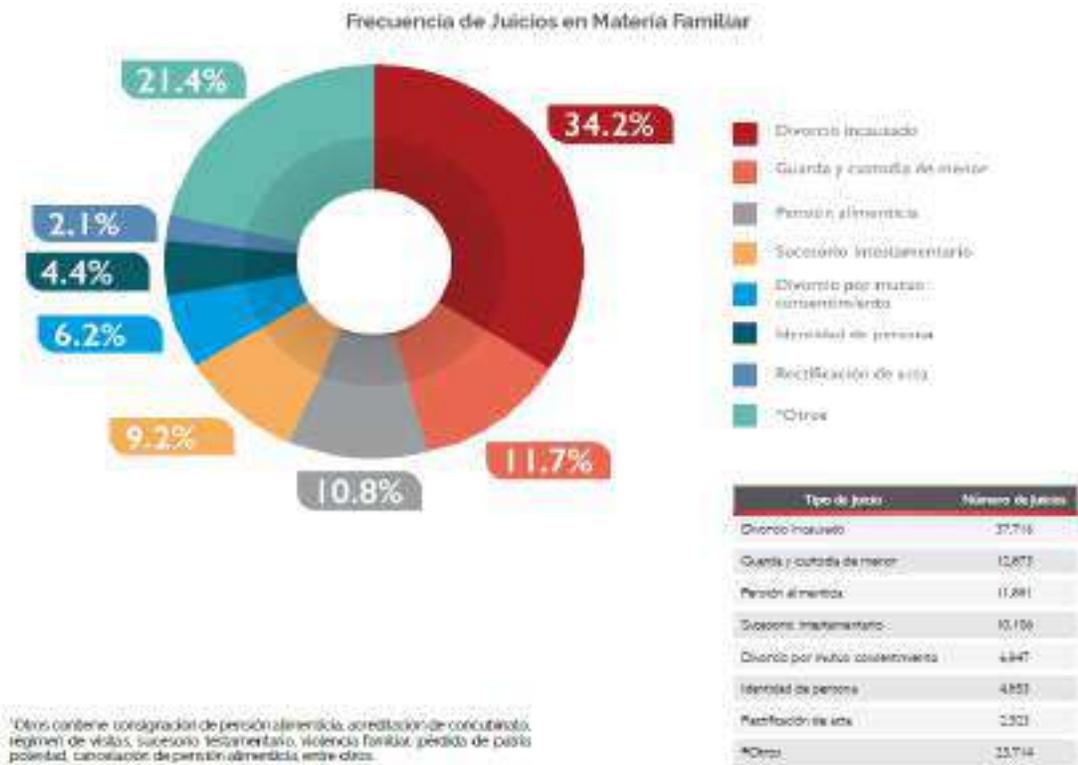
2º Por las controversias por guarda y custodia con 12,873 juicios que representan el 11.7% y;

3º Por las controversias de alimentos con 11,881 que representan un 10.8% del total de los procedimientos judiciales en el año 2018 (ver Gráfica 3).

Como se puede apreciar de los datos hasta ahora presentados, en todo el Estado de México durante el año 2018 los procedimientos especiales de divorcio incausado representa el 34.2% del total de procedimientos judiciales iniciados; y en Distrito Judicial de Tlalnepantla en el mismo periodo representan el 31.95% (ver Grafica 2), ello implica que casi una tercera parte del total de la carga de trabajo de los tribunales familiares consiste en resolver disoluciones que vínculos matrimoniales, mismos que en caso de no ser resultas por la vía de convenio tendrán que ser resueltas por la autoridad judicial vía sentencia.

Como podemos observar en la siguiente gráfica, la importancia del procedimiento especial de divorcio incausado y de su estudio, radica en la cantidad de personas que recurren a esta figura para acudir ante los órganos jurisdiccionales para la resolución de sus problemas familiares.

Gráfica 3 Frecuencia de juicios en materia familiar en el Poder Judicial del Estado de México.



Elaborado por el Poder Judicial del Estado de México¹³⁶.

Cabe hacer la crítica, ya mencionada en el capítulo primero a la presente gráfica, en cuanto al hecho de que separar como dos rubros diferentes, por un lado a las controversias por guarda y custodia y por el otro las controversias por alimentos, es cuestionable, debido a que el *sano desarrollo integral de la infancia* comprende tanto una como la otra y más aún también el derecho a la convivencia, que en la Gráfica 3 forma parte del rubro otros.

Es por ello, que debería ser obligación de todo juzgador resolver en una sola controversia todos los conflictos de derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados, evitando la escisión de la litis, porque ello puede conllevar a múltiples juicios en los cuales debe intervenir el infante involucrado.

Finalmente, en lo que respecta a la tercera pregunta se debe precisar que el objeto de estudio, lo son expedientes de procedimientos especiales de divorcio

¹³⁶ *Ibíd*em, p. 17.

incausado en su versión pública, desde la solicitud de divorcio hasta el auto en el que se decreta la disolución de vínculo matrimonial, en este sentido se debe precisar que es la factibilidad y la viabilidad de la investigación.

Se podría decir que a viabilidad de un trabajo de investigación es una condición que se exige al investigador, y la cual consiste en ofrecerla certeza de que lo que se plantea en el proyecto es posible concluirlo. Un trabajo puede estar bien elaborado sin que ello signifique que satisfaga la condición de viabilidad, para que un trabajo se considere viable se debe realizar una valoración de la viabilidad:

A la hora de valorar la viabilidad de un proyecto y, por lo tanto, justificar su pertinencia en el ámbito científico, se debe tener presentes todo un conjunto de factores. Uno es el relativo a los recursos disponibles; no es lógico presentar un plan que no se podrá realizar por falta de recurso o por no poder acceder a ellos. Otro factor es el que hace referencia a la disposición y accesibilidad de la muestra o población a estudiar; por ejemplo, un proyecto centrado en una población de difícil acceso es un proyecto no viable. Otros factores condicionantes del grado de viabilidad de un trabajo son la temporalización, el grado de aportación innovadora en el campo de conocimiento y su posible aplicación a medio plazo.¹³⁷

En este orden de ideas, cuando el investigador realiza su esquema de trabajo debe de tomar en consideración tanto aspectos materiales, como económicos y temporales, los cuales deben ser posibles de realizar.

Teniendo en cuenta que el contenido de los expedientes relativos a los procedimientos especiales de divorcio incausado, sobrepasan las veinte hojas simples que contempla la ley para ser entregadas sin costo; es necesario cubrir de manera previa, el pago de los materiales utilizados en la reproducción, de acuerdo con lo establecido por el artículo 73 del Código Financiero del Estado de México y

¹³⁷ Rodríguez, Ma. Luisa y Llanares, Juan (coord.), *El trabajo de fin de máster: fases para su elaboración y sugerencias para evaluarlo*, 1ª ed., Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2015, p. 21.

Municipios, por lo que el costo de las solicitudes de información queda desglosado de la siguiente manera:

1.- Por concepto de pago de copias simple utilizadas para testar el documento y generar la versión pública de los 30 expedientes relativos al Procedimiento Especial de Divorcio Incausado, tiene un costo unitario de \$2.00 (dos pesos 00/100 M.N) por foja;

2.- Por concepto de pago de hojas a digitalizar, con un costo unitario de \$0.60 (cero pesos 60/100 M. N.), y;

3.- Finalmente toda vez que la información fue solicitada en CD-ROM debe agregarse la cantidad de \$28.00 (veintiocho pesos 00/100M.N).

De esta manera, si multiplicamos los \$2.60.00 (\$2.00 de por testar el documento, más \$0.60 por digitalizarlo) por el número de fojas que conforman los treinta expedientes, esto es 2267 fojas, nos arroja la cantidad \$5,894.20 (cinco mil ochocientos noventa y cuatro pesos 20/100 M.N.), sin tomar en consideración los CD-ROM y otros gastos.

En este sentido tanto por el costo de tiempo, como de dinero y esfuerzo que implica para un solo investigador, realizar un estudio de las 2267 fojas que componen los expedientes, fue que se determinó como factible y viable reducir el número de asuntos estudiados a 30, pues a partir de ellos se planteara soluciones específicas para casos genéricos reales.

Como consecuencia de lo anterior y conforme a la delimitación espacio temporal del tema de investigación, fueron analizados casos judiciales con las siguientes características:

a) Se analizaron las versiones públicas en copias certificadas de expedientes judiciales que versen sobre el procedimiento especial de divorcio incausado de cada juzgado familiar del Distrito Judicial de Tlalnepantla, Estado de México, compuesto por los siguientes Tribunales:

1. Juzgado Primero Familiar de Tlalnepantla;

2. Juzgado Segundo Familiar de Tlalnepantla;
3. Juzgado Tercero Familiar de Tlalnepantla con residencia en Naucalpan;
4. Juzgado Cuarto Familiar de Tlalnepantla con residencia en Naucalpan;
5. Juzgado Quinto Familiar de Tlalnepantla con residencia en Atizapán;
6. Juzgado Sexto Familiar de Tlalnepantla con residencia en Atizapán;
7. Juzgado Séptimo Familiar de Tlalnepantla con residencia en Naucalpan;
8. Juzgado Octavo Familiar de Tlalnepantla;
9. Juzgado Noveno Familiar de Tlalnepantla;
10. Juzgado Décimo Familiar de Tlalnepantla con residencia en Huixquilucan;
11. Juzgado Décimo Primero Familiar de Tlalnepantla con residencia en Huixquilucan;
12. Juzgado Décimo Segundo Familiar de Tlalnepantla con residencia en Atizapán;
13. Juzgado Sexto Civil de Tlalnepantla con residencia en Nicolás Romero*;
14. Juzgado Décimo Civil de Tlalnepantla con residencia en Nicolás Romero*;
15. Juzgado Décimo Primero Civil de Tlalnepantla con residencia en Nicolás Romero*¹³⁸.

b) En las copias certificadas obran constancias desde la *solicitud de divorcio* a que hace referencia el artículo 2.374 y hasta la resolución en la que se decretó la disolución del vínculo matrimonial (indistintamente de la denominación que se le dé en el Juzgado como puede ser auto, auto Interlocutorio o sentencia) a que se refiere el artículo 2.377 ambos del Código Procesal Civil vigente;

c) Se analizaron dos expedientes por cada juzgado antes citado, uno de la primera secretaria y uno de la segunda secretaria por lo tanto el universo de estudio fue de 30 expedientes;

¹³⁸Art. 11 fracción XV de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México. Los juzgados marcados con asterisco (*) son juzgados civiles competentes para conocer de la materia familiar conforme a la prórroga de competencia por materia contenida en el artículo 71 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

d) Fue requisito indispensable para formar parte de la muestra de estudio que en los expedientes se involucren derechos de niños, niñas y adolescentes;

e) Los expedientes en su versión pública fueron iniciado entre los años 2016 a 2018;

En cuanto a la forma de obtener los expedientes y la elección de los mismo, a fin de obtener un universo de estudio objetivo, imparcial y homogéneo los mismos fueron requeridos por medio del Sistema de Acceso a la Información Mexiquense (SAIMEX) y conforme a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

En ese tenor, por medio de cinco solicitudes de información pública con número de folio 00513/PJUDICI/IP/2018, 01017/PJUDICI/IP/2018, 01018/PJUDICI/IP/2018, 01019/PJUDICI/IP/2018, 01020/PJUDICI/IP/2018 (los cuales se agregan como anexos tres a siete del presente trabajo de investigación), fueron designados por la Licenciada Erika Lorena Domínguez Preisser, Directora General de la Administración de Juzgados que conocen en materia familiar; los siguientes expedientes en su versión pública (con datos personales censurados) como se puede observar en la siguiente tabla.

Tabla 3 Relación de expediente que conforma el objeto de estudio entregados por Sistema de Acceso a la Información Mexiquense (SAIMEX).

Juzgado	Número de Expediente	Fojas
Juzgado Primero Familiar de Tlalnepantla	812/2018	31
	813/2018	28
Juzgado Segundo Familiar de Tlalnepantla	1262/2016	60
	1221/2016	80
Juzgado Tercero Familiar de Tlalnepantla con residencia en Naucalpan	349/2018	29
	356/2018	103
Juzgado Cuarto Familiar de Tlalnepantla con residencia en Naucalpan	529/2016	56
	130/2016	40
Juzgado Quinto Familiar de Tlalnepantla con residencia en Atizapán	489/2016	92
	1296/2016	61

Juzgado Sexto Familiar de Tlalnepantla con residencia en Atizapán	890/2017	45
	951/2017	54
Juzgado Séptimo Familiar de Tlalnepantla con residencia en Naucalpan	929/2017	41
	1806/2017	102
Juzgado Octavo Familiar de Tlalnepantla	860/2018	31
	917/2018	45
Juzgado Noveno Familiar de Tlalnepantla	173/2017	35
	258/2017	50
Juzgado Décimo Familiar de Tlalnepantla con residencia en Huixquilucan,	611/2017	164
	248/2017	154
Juzgado Décimo Primero Familiar de Tlalnepantla con residencia en Huixquilucan.	298/2018	71
	91/2018	45
Juzgado Décimo Segundo Familiar de Tlalnepantla con residencia en Atizapán	129/2016	120
	206/2016	195
Juzgado Sexto Civil de Tlalnepantla con residencia en Nicolás Romero	313/2016	35
	956/2016	40
Juzgado Décimo Civil de Tlalnepantla con residencia en Nicolás Romero	399/2017	127
	1344/2017	222
Juzgado Décimo Primero Civil de Tlalnepantla con residencia en Nicolás Romero	449/2018	51
	248/2018	60

Elaboración propia con base en solicitudes de información pública con números de folio 00513/PJUDICI/IP/2018, 01017/PJUDICI/IP/2018, 01018/PJUDICI/IP/2018, 01019/PJUDICI/IP/2018 y 01020/PJUDICI/IP/2018.

Por la forma en la cual se eligieron las muestras que serán objeto de estudio en el presente trabajo de investigación se establece que se realizó un muestreo no probabilístico, como a continuación se explica.

“Las aproximaciones no probabilísticas son utilizadas cuando el investigador no dispone del marco muestral para la población en estudio o cuando, simplemente, no se considera necesario o adecuado el uso del procedimiento probabilísticos”¹³⁹.

En esta investigación ocurre el primero de los supuestos planteados, pues no se dispone de un marco muestral -que son las unidades de la población o

¹³⁹ Callejo Gallego, Javier (Coord.) et al, *Introducción a las técnicas de investigación social*, 1ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, p. 167.

universo listadas de la cuales se va a extraer la muestra-, dado que el tamaño del universo no permite esta delimitación (simplemente en el distrito judicial de Tlalnepantla se iniciaron 15,329 procedimientos de divorcio incausado en los años 2016, 2017 y 2018, al sumar datos de la Grafica 2).

Así mismo se puede decir que los tipos de muestras no probabilísticas utilizadas son las muestras *intencionadas* ya que están indicadas cuando las muestras son muy pequeñas y específicas.

La selección de las unidades muestrales atiende a criterios subjetivos relacionados con el objeto de estudio. Se basa en la elección de casos enriquecedores para poder hacer estudios en profundidad. Se usa frecuentemente en estudios cualitativos...”¹⁴⁰

Podemos observar que el objeto de investigación cumple con estas características, pues la muestra es pequeña y específica (30 expedientes), atiende a criterios subjetivos (pero no arbitrarios) relacionados con el objeto de estudio, se basa en casos enriquecedores para hacer un estudio a profundidad porque solo se eligen casos donde se ventilen derechos de personas menores de edad, y por el tamaño de la muestra es idónea para realizar un análisis cualitativo de los expedientes.

Por lo expuesto se hay que afirmar que para la selección del objeto de estudio en el presente trabajo de investigación, se realizó un *muestro no probabilístico* por medio de una *muestra intencionada*, a partir de los criterios antes descritos.

Ahora bien, una vez que se han determinado las muestras que serán objeto de estudio en la investigación, se procederá a hacer una descripción de la técnica de recolección de datos denominada: análisis de contenido.

¹⁴⁰ Callejo Gallego, óp. cit., p. 168.

“El análisis de contenido es la técnica, sin duda más elaborada y que goza de mayor prestigio científico en el campo de la observación documental”¹⁴¹.

Se puede decir que el análisis de contenido es una de las variantes de las técnicas de obtención de datos por observación de documentos, entendiendo por documento no en el sentido jurídico sino en el sentido social, a todo “material informativo sobre un determinado fenómeno social que existe con independencia de la acción del investigador”¹⁴².

Como es bien sabido el Derecho como ciencia pertenece a la rama de conocimiento denominada ciencias sociales, en este sentido todo fenómeno jurídico es un fenómeno social pero no todo fenómeno social es un fenómeno jurídico, existe una relación de género-especie entre ambos.

Por lo anterior dentro de los muchos fenómenos sociales que existen en la sociedad, al derecho le importan solo aquellos que se relacionan con su objeto de estudio y en el caso concreto al hablar de documentos se interesa solo en *documentos jurídicos* o documentos que alteren su esencia misma como ciencia.

Es así que como una subclasificación de los documentos que pueden ser objeto de investigación jurídica, encontramos los documentos jurídicos, y dentro de ellos más específicamente encontramos una clase de documentos que se encuentra dentro de la institución del poder judicial, al cual denominaremos documento judicial o *material judicial*.

“El ámbito judicial ofrece abundante material documental para la investigación social. Sentencias judiciales, actas de juicio, transcripciones de interrogatorios, denuncias, etc. constituyen una amplia base documental para el estudio de diversos fenómenos sociales...”¹⁴³

¹⁴¹ Sierra Bravo, R., *Técnicas de Investigación Social. Teorías y Ejercicios*, 14ª ed., Madrid, Thomson, 2003, p. 287.

¹⁴² Corbeta, Piergiogio, *Metodología y Técnicas de Investigación Social*, 1ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2007, p. 376.

¹⁴³ Corbeta, óp. cit., p. 394.

Esta clase de documentos no solo sirve para hacer un estudio de la conducta de las partes en el procedimiento, o incluso antes de él; sino que sirve para darnos una idea sobre la ideología de la sociedad, y en el asunto que no ocupa sobre la ideología de cómo son tratados los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales, como sujetos de derecho o como objetos de protección.

Por consiguiente “el objeto del análisis de contenido consiste concretamente en observar y reconocer el significado de los elementos que forman los documentos (palabras, frases, etc.) y en clasificarlos adecuadamente para su análisis y explicación posterior”¹⁴⁴.

Esto quiere decir que, por medio de una determinación de unidades de análisis, elección y clasificación de categorías, así como de la confección del cuadro de recolección de datos; se establecerá si los datos obtenidos prueban o no la hipótesis formulada.

En este sentido para establecer en el presente trabajo de investigación las unidades de análisis se establecerá en primer término, qué son y cómo pueden determinarse.

Sierra Bravo nos señala que las unidades de análisis dentro de la técnica de investigación documental de análisis de contenido son las modalidades especiales y particularizadas de las unidades de observación, es decir son el componente mínimo en que se desmiembra el objeto de estudio.

En este sentido existen tres modalidades fundamentales de las unidades de análisis, a saber: la *unidad de contexto*, la *unidad de registro* y las *reglas de enumeración*.

Nuestro autor continuo su explicación señalando que la unidad de contexto está formada por las partes o segmentos del contenido de estos documentos, necesarias para comprender el significado de las unidades de registro, a modo de

¹⁴⁴ Sierra Bravo, óp. cit., p. 288.

ejemplo señala: el ámbito, el espacio de texto entre dos puntos y seguidos consecutivos, el párrafo, el capítulo o incluso el documento entero.

Por otra parte, la unidad de registro es el segmento indivisible de significación que se busca en el texto, se extrae del mismo y se codifica para su posterior interpretación.

En este sentido puede tener modalidades diversas, tales como palabras, temas o afirmaciones sobre algo, asuntos generales tratados, personajes que interviene en el mensaje, sucesos o acontecimientos que narran en él, o el documento mismo como un todo.

Para la realización del reporte de investigación de un análisis de contenido, es necesario realizar el conteo de las unidades de registro. De ahí la necesidad de reglas de enumeración que precisan dicha forma de recuento. Entre ellas cabe destacar, como más común de todas, la frecuencia o número de veces que se repite la unidad de registro en la unidad de contexto.

Por ello Sierra Bravo concluye que un tipo de análisis intermedio es establecer un conjunto de proporciones características de una actitud, doctrina o ideología y establecer sus contrarias como base de referencia y comparación, para luego contar las frecuencias con que se encuentran en los documentos estudiados¹⁴⁵.

En este sentido, y con forme a nuestra hipótesis de trabajo se establece como objeto de investigación *los derechos niños, niñas y adolescentes* en el procedimiento especial de divorcio incausado.

Se establece como *unidad de contexto* un documento entero consistente en: El expediente judicial desde la solicitud de divorcio a que hace referencia el artículo 2.374 y hasta la resolución en la que se decretó la disolución del vínculo matrimonial (indistintamente de la denominación que se le dé en el Juzgado como puede ser auto, auto Interlocutorio o sentencia) a que se refiere el artículo 2.377 ambos del Código Procesal Civil vigente

¹⁴⁵ Cfr. *Ibíd*em, pp. 287-291.

En este sentido la *muestra no probabilística intencionada* que se compone de 30 expedientes en su versión pública será examinada de manera individual fragmentando cada uno de sus elementos (expedientes) en una unidad de análisis, sin la cual no se entendería el resto de su contenido.

Por otro lado, se establece como unidad de registro los tres principios fundamentales en que se basa el paradigma de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho: la autonomía progresiva, el interés superior de la infancia y el derecho de estos a ser oídos¹⁴⁶ (derecho a participar en el procedimiento).

Para tener una visión más clara y esquematizada de la unidad de contexto, unidad de registro y las reglas de enumeración, lo explicado anteriormente podemos verlo resumido de manera concreta en la siguiente tabla:

Tabla 4 Cuadro esquemático del análisis de contenido.

1.- <i>Definición del universo de material documental</i>	Está constituido por los 15,329 expedientes de divorcio incausado del distrito judicial de Tlalnepantla, Estado de México de los años 2016 al 2018.	
2.- <i>Diseño de la muestra documental que se va a analizar</i>	Muestra constituida por 30 expedientes de procedimiento especial de divorcio incausado en su versión pública. Son dos expedientes de cada uno de los 15 juzgados que resuelven materia familiar en el distrito judicial de Tlalnepantla obtenidos por medio del sistema de información pública mediante un <i>muestreo no probabilístico intencionado</i> .	
3.- <i>Establecimiento de unidad de contexto</i>	Lo es la <i>unidad textual entera</i> consistente en: cada expediente de procedimiento especial de divorcio incausado donde se ventilan derechos de personas menores de edad (expediente entendido de manera individual).	
4.- <i>Establecimiento de unidad de registro</i>	Autonomía Progresiva del niño o adolescente	Sistema de Voluntad Sustituida
	Interés superior de la infancia como derecho fundamental al sano desarrollo integral	Falta de protección del sano desarrollo integral del infante

¹⁴⁶ Cfr. Gómez de la Torre Vargas, óp. cit., p. 118.

	Valoración expresa del derecho del niño o adolescente a participar en el procedimiento	Ausencia de manifestaciones respecto al derecho de participación de niño o adolescente en el procedimiento
--	--	--

Elaboración propia.

Con base en el cuadro anterior de todo el contenido del material judicial, el estudio se centrará en un primer momento en cuantificar cuantas veces se repite las unidades de registro en cada unidad de contexto, que nos permitirá vislumbrar la ideología imperante en los documentos judiciales estudiados.

Para la cuantificación de las unidades de registro requerida por el análisis de contenido, no se hará necesariamente una búsqueda textual de las categorías desglosadas, sino que se atenderá a la idea general plasmada en el texto y cuantas veces se repite esa idea, por ejemplo:

Al realizar en análisis de contenido no se buscare textualmente cuantas veces se hable sobre el principio constitucional del interés superior del menor o de la autonomía progresiva de los niños niñas y adolescentes (categorías); pero si en la unidad de contexto se refieren al interés superior del infante como una máxima constitucional que busca mejorar la calidad de vida de los infantes, o la capacidad cognitiva de los niños y adolescentes de querer y comprender sus circunstancias, entenderemos que se habla de una o de otra figura respectivamente, aunque no se haga expresamente.

Es decir, lo que interesa para los fines de esta investigación no es la utilización textual de significado y significante (formalmente hablando), sino la aplicación de la figura en si misma independientemente de su denominación. Por ellos a continuación se detalla que se entiende por cada una de las unidades de registro (ello acorde a los capítulos que anteceden):

Se buscará como se aplica el *interés superior de la infancia* en los expediente del procedimiento especial de divorcio incausado: sea como principio constitucional (concepto jurídico indeterminado) que tiene la finalidad de maximizar de derechos de la niñez en todas las ramas del derecho; o como derecho fundamental será

identificado el derecho de los niños y adolescentes al sano desarrollo integral (protegido por los derechos de alimentos, custodia y convivencia con ambos progenitores), o incluso como ambas simultáneamente.

La *autonomía progresiva*, se entenderá como la capacidad que tienen los niños, niñas y adolescentes de acuerdo con su grado de madurez (y no solo de su edad biológica) para entender y comprender los hechos que suceden a su alrededor, y por lo tanto de expresar de manera libre y espontánea su opinión respecto a cualquier situación que pueda llegar afectarlos (positiva o negativamente), más allá de su voluntad simple.

Se considerara que se utiliza el *sistema de voluntad sustituida* cuando ni los progenitores ni el Estado, tomen en consideración los intereses subjetivos de las personas menores de edad (que se presume los padres deberían conocer), ni su voluntad fundamentada en razón de su grado de madurez (pues se entiende que en determinados temas y para determinadas situaciones los niños y adolescentes tiene capacidad de discernimiento).

Y finalmente se cuantificará el número de veces que se habla del derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los procedimientos jurisdiccionales y administrativos que afecten su esfera jurídica; no como un derecho irrestricto y absoluto, sino como un ejercicio de valoración por parte del juez (en este sentido tampoco debe ser entendida como una barrera para su ejercicio) que da la obligación a los tribunales de fundar y motivar en caso de negar este derecho a la participación.

Derecho de expresar su opinión libremente: “significa que el niño, niña y adolescente pueden expresar sus opiniones sin presión y pueden escoger si quieren o no ejercer su derecho a ser oído. “Libremente”, significa que el menor no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Comité de los Derechos del niño, Observación No 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, (2009) (10, párrafo 22).

Así cada vez que se haga referencia a cada una de estas categorías aunque sea de manera implícita, se hará la respectiva contabilización.

En la hipótesis se plantean que existen dos tratos diferentes para los niños, niñas y adolescentes; una postura que los observa como *sujetos de derechos* y otra que los trata como *objetos que deben ser protegidos*.

Lo que se realizara en la investigación, será detectar dentro de las unidades de contexto, cuantas veces se cumplían con las unidades de referencia y contabilizar la frecuencia con las mismas se presentaba en los expedientes.

De esta manera se determinaría el número de veces en que en los casos judiciales eran tratados los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, y por exclusión en los casos en que no se cumplan con estos requisitos mínimos se entenderá que son tratados como objetos de protección.

Es menester hacer notar que las categorías que fueron señaladas no son de ningún modo arbitrarias, pues parten de supuestos lógicos fundamentales en todo proceso familiar que se fundan en el marco teórico-referencial, principalmente en cuestiones del interés superior de la niñez y el debido proceso.

Primero que nada y atendiendo a nuestra variable independiente: interés superior de la niñez, debemos establecer conforme a nuestro marco doctrinal que parámetros son los que conforman, el interés superior de la niñez, dicho en otras palabras, cual es el estándar mínimo requerido para poder que decir que en procedimiento de divorcio incausado se preserva dicho interés y cuando no.

Así, por ejemplo, es inherente que en todo proceso judicial donde la pareja unida en matrimonio solicita su disolución, exista una escisión en la patria potestad motivo por el cual se deba determinar de primera mano quien conservará la custodia de la niñez, y que tendrá una un régimen de convivencias, así como establecer la obligación alimentaria del progenitor no custodio.

En estos casos, los tres derechos humanos arriba señalados de los niños, niñas y adolescentes son interdependientes e indivisibles, porque coartar uno de ellos tendría como consecuencia inmediata limitar el sano desarrollo integral de la

niñez (presunción a favor de la unidad familiar por ser el núcleo de la sociedad), salvo que existiera temor fundado (es decir respaldado de manera, aunque sea indiciaria, con un medio de convicción) para restringir uno de estos derechos (generalmente la convivencia con el progenitor no custodio).

Este sentido, y a efecto de preservar el interés superior de la infancia, se parte del supuesto de que de manera ideal todo juzgado en materia familiar estaría obligado a resolver de oficio (característica fundamental de la medida provisional en el derecho familiar), estos tres supuestos jurídicos de guarda y custodia, alimentos y convivencias con el progenitor no custodio, y en caso de no hacerlo justificar con argumentos válidos su denegación.

Es decir, aun en la denegación de la medida provisional, el tribunal familiar conforme al sano desarrollo integral que preserva en interés superior de la infancia, los niños niñas y adolescentes tendrían cuando menos el derecho de conocer de acuerdo a su grado de madurez, las causas de hecho y de derecho por las cuales no es procedente alguna de las medidas provisionales, que deben ser observadas como un todo indivisible.

Ahora bien, una vez que se ha determinado el objeto de estudio y de justificadas las categorías de análisis seleccionadas, en el siguiente subcapítulo se procederá a la presentación de los datos obtenidos, en una primera revisión para posteriormente presentar las conclusiones en el último capítulo.

III. PRESENTACIÓN DEL CUADRO DE RECOLECCIÓN DE DATOS A PARTIR DEL ANÁLISIS DE EXPEDIENTES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Para el registro del análisis de contenido de los expedientes judiciales (que como ya se dijo es una forma de observación documental) se elaboraron fichas de recolección de datos por cada expediente analizado.

En cada una de estas fichas se colocaron los siguientes datos de identificación: juzgado de origen, número de expediente y fojas que consta el expediente.

Por otra parte, se colocaron nueve preguntas cerradas con base las tres unidades de registro, que se distribuyen de la siguiente manera:

Las preguntas uno, dos y tres refieren a la aplicación de la figura de la autonomía progresiva de los infantes o del sistema de voluntad sustituida durante la tramitación del procedimiento.

Las preguntas que conforman esta unidad de registro son las siguientes:

1. ¿Se evaluó por parte del juez el grado de madurez de los niño(a) s o adolescentes?
2. ¿Existe un trato diferenciado en razón del grado de madurez de los niño(a)s o adolescentes?
3. ¿Existe orientación y apoyo para ejercer los derechos de los niño(a)s o adolescentes?

Como se puede observar estas preguntas hacen referencia a la actitud del juez hacia las personas menores de edad, considerando su capacidad para entender y comprender los hechos que suceden a su alrededor, algo que no depende únicamente de la edad biológica.

Para la contabilización en las reglas de enumeración, si a las preguntas se responde de manera afirmativa, por ejemplo: sí existe un trato diferenciado en razón del grado de madurez en el expediente X, se entenderá que se aplica el principio de autonomía progresiva; no existe un trato diferenciado en razón del grado de madurez en el expediente Y, se entenderá se aplica el sistema de voluntad sustituida.

En lo que respecta a las preguntas cuatro, cinco y seis, se enfocan en identificar al interés superior de la infancia como un derecho fundamental al sano desarrollo integral de la niñez (es decir compuesto por varios derechos: alimentos, custodia y convivencia con ambas líneas familiares), interdependiente e indivisible.

Las preguntas que conforman esta unidad de registro son las siguientes:

4. ¿Durante el procedimiento hubo pronunciamientos respecto a alimentos de los niño(a)s o adolescentes?

5. ¿Durante el procedimiento hubo pronunciamiento respecto la custodia de los niño(a)s o adolescentes?

6. ¿Durante el procedimiento hubo pronunciamiento respecto a las convivencias de los niño(a)s o adolescentes?

Estas preguntas hacen referencia a pronunciamiento “judiciales” es decir por parte de los tribunales, a lo que en la práctica procesal conocemos como *medidas provisionales*. Debemos recordar que en el primer capítulo se había llegado a la conclusión de que para preservar el interés superior de la infancia como un derecho fundamental al sano desarrollo integral, era condición mínima del juzgador salvaguardar estos tres derechos (alimentos, custodia y convivencia).

En este caso para las reglas de enumeración, se utilizara el mismo sistema de preguntas cerradas ya descrito para determinar en cuántos casos si se preservó ese derecho y cuantos no.

Finalmente las preguntas siete, ocho y nueve hacen referencia al derecho de los niños, niñas adolescentes a participar en los procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica, así como evaluación del juez del posible abuso de esta figura en perjuicio de los menores de edad.

Las preguntas que conforman esta unidad de registro son las siguientes:

7. ¿Se evaluó la necesidad de la participación de los niño(a)s o adolescentes en el procedimiento?

8. ¿Se evitó la práctica desmedida del derecho de participación de los niño(a)s o adolescentes?

9. ¿Participo el niño(a) o adolescente o en su caso se explicó la causa de su no participación?

Es preciso hacer notar que la pregunta siete hace referencia a la *necesidad* de la participación de los niños o adolescentes, pues de acuerdo a su edad, su grado de madurez, su contexto social e incluso si ha sido víctima de violencia, puede o no ser benéfico para su persona esta participación.

Como se mencionó anteriormente al analizar las jurisprudencias de la Suprema Corte, el derecho del infante a participar en los procedimientos judiciales es optativo y dependerá del caso concreto; lo que es obligatorio para los jueces es justificar de manera expresa porque es necesaria esa participación o porque es perjudicial.

Por su parte la pregunta ocho va encaminada a la obligación de los tribunales de evitar la re-victimización de los niños, niñas o adolescentes, pues las intervenciones de éstos deben ser las menos posibles; y la pregunta nueve se encamina de nueva cuenta a la obligación del juzgador de fundar y motivar sus determinaciones de manera expresa.

En la última sección de las fichas de recolección de datos, se encuentran información de carácter estadístico, que no tiene de manera directa con el objeto de estudio pero nos ayuda a entenderlo en su contexto, como lo es: duración del procedimiento, tiempo que se dictaron las medidas provisionales y si termino el asunto por convenio o no. Podemos observar la ficha de recolección datos completa en la siguiente imagen:

Imagen 1 Ficha de recolecciones de datos con formato de cuestionario.

Cuestionario utilizado para el análisis de contenido
de expedientes en su versión pública

Juzgado	Número de expediente	Fojas
1. ¿Se evaluó por parte del juez el grado de madurez de los niño(a)s o adolescentes?		
Respuesta: <input type="text"/>		
Observaciones: <input type="text"/>		
2. ¿Existe un trato diferenciado en razón del grado de madurez de los niño(a)s o adolescentes?		
Respuesta: <input type="text"/>		
Observaciones: <input type="text"/>		
3. ¿Existe orientación y apoyo para ejercer los derechos de los niño(a)s o adolescentes?		
Respuesta: <input type="text"/>		
Observaciones: <input type="text"/>		
4. ¿Durante el procedimiento hubo pronunciamientos respecto a alimentos de los niño(a)s o adolescentes?		
Respuesta: <input type="text"/>		
Observaciones: <input type="text"/>		
5. ¿Durante el procedimiento hubo pronunciamiento respecto la custodia de los niño(a)s o adolescentes?		
Respuesta: <input type="text"/>		
Observaciones: <input type="text"/>		
6. ¿Durante el procedimiento hubo pronunciamiento respecto a las convivencias de los niño(a)s o adolescentes?		
Respuesta: <input type="text"/>		
Observaciones: <input type="text"/>		
7. ¿Se evaluó la necesidad de la participación de los niño(a)s o adolescentes en el procedimiento?		
Respuesta: <input type="text"/>		
Observaciones: <input type="text"/>		
8. ¿Se evitó la práctica desmedida del derecho de participación de los niño(a)s o adolescentes?		
Respuesta: <input type="text"/>		
Observaciones: <input type="text"/>		
9. ¿Participó el niño(a) o adolescente o en su caso se explicó la causal de su no participación?		
Respuesta: <input type="text"/>		
Observaciones: <input type="text"/>		
Duración del Procedimiento	Tiempo en que se dictaron las medidas provisionales	Termino por convenio

Elaboración propia.

Con los datos obtenidos se realizó un cuadro de recolección de datos el cual podemos observar en la siguiente imagen, y se puede cotejar su contenido con cada una de la fichas de recolección de datos, que se encuentran debidamente requisitadas al final del presente trabajo de investigación como anexo.

Imagen 2 Cuadro de recolección de datos para análisis de contenido.

Juzgado	Número de Expediente	Págs.	Asesores Progresos			Monto superior de la orden			Duración de participación en procedimientos judiciales			Duración del procedimiento	Tiempo en que se otorgaron medidas cautelares o de protección	Formas de acceso
			1	2	3	4	5	6	7	8	9			
Juzgado Primero Familiar de Talapuebla	0450018	31	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	0	0	S/E
	0740018	28	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	0	0	S/E
Juzgado Segundo Familiar de Talapuebla	1282018	40	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 24 días	1 día	SI
	1283018	35	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	3 meses y 7 días	1 día	SI
Juzgado Tercero Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	3900018	28	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	0	0	S/E
	3900019	193	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	0	0	S/E
Juzgado Cuarto Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	5200018	30	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	3 meses y 1 día	3 meses y 1 día	SI
	1000018	48	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	2 meses	2 meses y 22 días	SI
Juzgado Quinto Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	4600018	30	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	2 meses y 14 días	1 día	SI
	1282019	31	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	0 meses y 23 días	1 mes y 18 días	SI
Juzgado Sexto Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	9000017	43	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 4 días	1 mes y 4 días	SI
	3000017	34	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 11 días	NO EXISTE	SI
Juzgado Séptimo Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	9000017	44	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 28 días	1 mes y 28 días	SI
	4300017	132	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 20 días	NO EXISTE	SI
Juzgado Octavo Familiar de Talapuebla	3000019	33	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	28 días	1 día	SI
	0530018	45	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 4 días	NO EXISTE	SI
Juzgado Noveno Familiar de Talapuebla	1130017	35	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 8 días	4 días	SI
	2000017	50	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 8 días	4 días	SI
Juzgado Décimo Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	0410017	134	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	0	0	S/E
	1400017	154	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	0	0	S/E
Juzgado Décimo Primero Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	3900019	71	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	28 días	NO EXISTE	SI
	040018	44	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	3 meses y 8 días	NO EXISTE	SI
Juzgado Décimo Segundo Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	1200018	120	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 3 días	1 mes y 4 días	SI
	3000018	148	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 11 días	1 mes y 11 días	SI
Juzgado Undécimo Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	3730018	33	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 4 días	1 día	SI
	0400018	42	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	Intermedio	1 día	SI
Juzgado Duodécimo Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	3900017	121	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	0	0	S/E
	1282017	227	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	0	0	S/E
Juzgado Duodécimo Primero Familiar de Talapuebla con residencia en Atlixpán	4400018	31	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 mes y 16 días	NO EXISTE	SI
	1200018	30	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	2 meses y 7 días	3 meses y 7 días	SI

Elaboración propia.

En la tabla anterior podemos observar que se encuentran enumerados en fila todos los expedientes ordenados por juzgado, mientras en las columnas podemos encontrar un número del 1 al 9, que representa cada una de las preguntas detalladas. Para mejor visualización del cuadro se empleó un código de colores:

- Si la respuesta a la pregunta es afirmativa se colocó un *SI* de color verde;
- Si la respuesta a la pregunta es negativa se colocó un *NO* de color rojo;
- Existieron juzgados que no remitieron en tiempo y forma los expedientes que se requirieron por vía solicitud de información (ocho expedientes en total de los treinta), en ese caso se colocó las siglas *S/E* que significa sin expediente;
- Las siglas *N/P* significa no procede, sea por que no existió participación del menor y por lo tanto la pregunta no puede ser aplicada (caso de la fila 8); o porque al analizar el expediente, este no se trataba sobre un asunto que involucrara derechos de personas menores de edad (caso del expediente 449/2018).

En lo referente a la aplicación del principio de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes podemos destacar las siguientes observaciones:

De los veintidós expedientes analizados en el 77% (es decir en 17) no se evaluó por parte del juez el grado de madurez de los niños, niñas o adolescentes, dado que de la lectura de los documentos no se observa, ni siquiera que hagan referencia a las edades de los menores, más aun ni siquiera colocan sus nombres en los acuerdos.

En los cuatro expedientes (esto es el 18%) en los cuales si se realiza una evaluación por parte del juez del grado de madurez (ver imagen 2, fila 1) que son los expedientes 298/18, 129/16, 206/16, 313/16 provenientes de juzgados de Huixquilucan, Atizapán y Nicolás Romero; podemos observar que los tribunales ya sean en auto admisorio o en la sentencia interlocutoria hacen referencia a las diferentes edades de los menores de edad tomando eso como base para realizar los decretos correspondientes, aunque cabe hacer mención que la edad biológica no tiene correlación necesaria con el grado de madurez, pero la individualización de los sujetos de derecho (por nombre, edad y género) es relevante para el caso de estudio.

Ahora bien en lo que respecta a la existencia de un trato diferenciado en razón del grado de madurez, en el 95% (veintiún expedientes) de los casos estudiados no se observa un trato diferenciado, ya sea por razón de la edad, de su grado de madurez, de su género o de cualquier otro aspecto tanto positivo como negativo, el 5% restante pertenece a un expediente en el que no existen menores de edad involucrados.

La aplicación de un trato diferenciado, se hubiera reflejado por ejemplo en un tratamiento jurídico-procesal distinto entre por ejemplo hermanos que en mismo asunto tienen diferentes edades (unos niños otros adolescentes), o incluso cuando unos viven en el extranjero y otros en país; sin embargo no existe tal diferenciación, los tribunales el mismo trato genérico sin particularizar el caso concreto.

En cuanto a la existencia de orientación y apoyo para ejercer los derechos de los niños, niñas o adolescentes en el 91% de los casos no se evidencia que existan algún agente externo (psicólogo, defensor público o procurador de los derechos de la infancia por ejemplo), que ofrezca o procure dicho servicio los menores involucrados en el procedimiento.

Solo en un caso (que representan el 4%) que corresponde al expediente 130/2016 del municipio de Naucalpan, se puede observar que se le de intervención al Ministerio Público a pesar de ser un procedimiento “sin controversia” como lo es el divorcio incausado; y ello se dio a partir de que ambas partes (cónyuge solicitante y cónyuge citado) afirmaban tener la custodia de hecho de los niños, por tal motivo en la segunda audiencia de avenencia se ordenó la presentación de las partes, de los niños y de representante social.

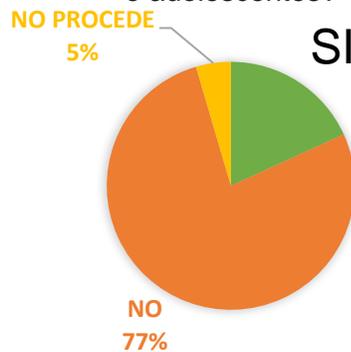
Es preciso hacer notar que existió un caso similar (en el que ambos cónyuges afirmaban tener la custodia de hecho de los hijos nacidos durante el matrimonio) en el expediente 298/2018 del municipio de Huixquilucan, sin embargo en ese caso no se dictaron medidas provisionales, limitándose el tribunal a manifestar que eso sería resuelto una vez que las partes presentaran sus pretensiones durante la segunda fase del procedimiento.

Con lo anterior podemos de manera preliminar señalar que en la mayoría de los casos estudiados, no existe la aplicación del principio de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes; pues no se observa que los tribunales evalúen el grado de madurez de los infantes, no existe tampoco un trato diferenciado en razón en el sentido positivo o negativo, y solo en casos excepcionales se da intervención a agentes externos que orienten u apoyen a los menores involucrados.

En la siguientes graficas podemos observar las tendencias descritas anteriormente; marcando de color rojo el porcentaje de las respuestas negativas, en color verde el porcentaje de las respuestas afirmativas y en color amarillo el porcentaje de los expedientes en los que no procede la pregunta.

Gráfica 4 Aplicación de la autonomía progresiva en los expediente del procedimiento especial de divorcio incausado.

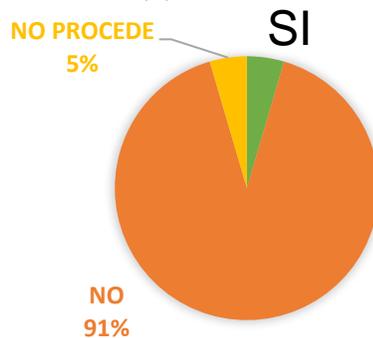
1. ¿Se evaluó por parte del juez el grado de madurez de los niño(a)s o adolescentes?



2. ¿Existe un trato diferenciado en razón del grado de madurez de los niño(a)s o adolescentes?



3. ¿Existe orientación y apoyo para ejercer los derechos de los niño(a)s o adolescentes?



Elaboración propia.

Ahora bien en lo que concierne a la aplicación del interés superior de la infancia como un derecho fundamental del niño al sano desarrollo integral, que se componen como parámetro mínimo del derecho a los alimentos, del derecho a ser cuidado (derecho de custodia), así como del derecho a la convivencia con ambas ramas familiares; podemos observar las siguientes tendencias:

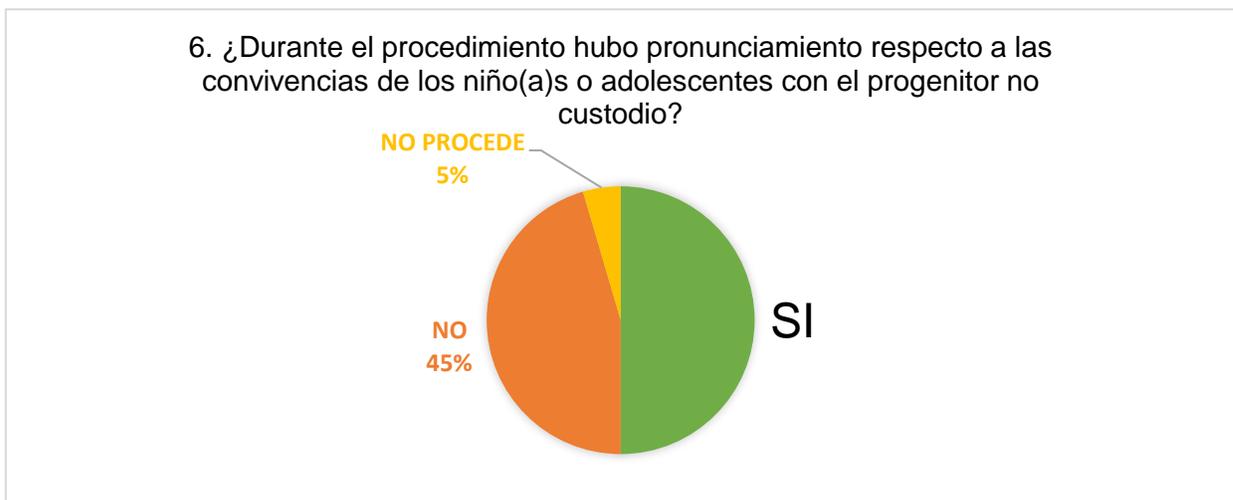
En lo que respecta a la protección del derecho de los alimentos de las personas menores de edad involucradas en los procedimientos especiales de divorcio incausado estudiados, en el 77% (esto es diecisiete de los veintidós casos estudiados) los tribunales se manifestaron en el sentido de otorgar una pensión alimenticia a favor de los infantes, mientras que en el 18% restante (cuatro expedientes) los tribunales no se manifestaron respecto a los alimentos manifestando principalmente que la naturaleza jurídica del procedimiento especial de divorcio incausado es de carácter no contencioso y que eso se resolvería en la etapa procesal oportuna.

Por otro lado en el tema de del derecho de guarda y custodia de los niños y adolescentes, en el 50% de los casos (11 expedientes) si hubo pronunciamiento respecto a cuál de los progenitores debían hacerse cargo de los menores de edad durante la tramitación del procedimiento, contra un 45% (10 expedientes) en los cuales no había un pronunciamiento expreso del derecho de custodia a favor de alguno de los padre, pero que en la mayoría se encontraba la figura de manera implícita, pues al otorgar la pensión alimenticia se entiende que el deudor alimentario (progenitor no custodio) trasmite el dinero de los alimentos por medio del representante de los menores (progenitor custodio).

Para finalizar este rubro se presentan los datos respecto a derecho de convivencias y vistas con ambas ramas familiares que tiene estadísticas similares al punto anterior: en el 50% de los expedientes si se manifiestan respecto a otorgar un régimen de convivencias, contra un 45% en los que no. En la mayoría de los casos en que no se otorgaba era por uno de dos motivos, sea porque a juicio del tribunal la naturaleza del procedimiento no lo permitía, o simplemente porque

ninguna de las partes lo había solicitado. En las siguientes graficas podemos observar la distribución de las respuestas:

Gráfica 5 Aplicación del interés superior de la infancia como derecho fundamental en los procedimientos especiales de divorcio incausado.



Elaboración Propia.

Ahora bien, en el tema referente al derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los procedimientos especiales de divorcio incausado, podemos encontrar la siguiente distribución de datos:

En cuanto a si el tribunal evaluó la necesidad de la participación (o no) de las personas menores de edad, en el 86% de los casos (que representa diecinueve de los expedientes estudiados) no existió mención ni justificación al respecto, se puede suponer que ello es debido a que los tribunales en sus determinaciones no lo consideran relevante.

Por otra parte en los expedientes 130/2016 de Naucalpan y 313/2016 de Nicolás Romero en los que sí se evaluó la necesidad de escuchar a los menores (que representan el 9%), fue por que existían manifestaciones contradictorias respecto a la custodia de hecho de los niños (ambos progenitores afirmaban tener la custodia de hecho) en el primero de los casos; y porque en las medidas provisionales el juez señaló que era necesario su opinión para la modificación en el segundo de los casos. Es importante señalar que en ninguno de los casos se dio la escucha del menor durante la fase procesal estudiada.

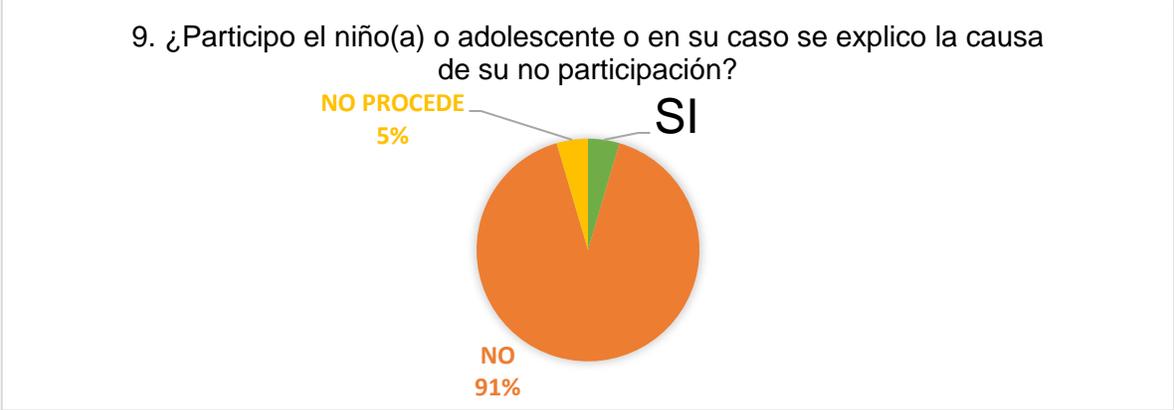
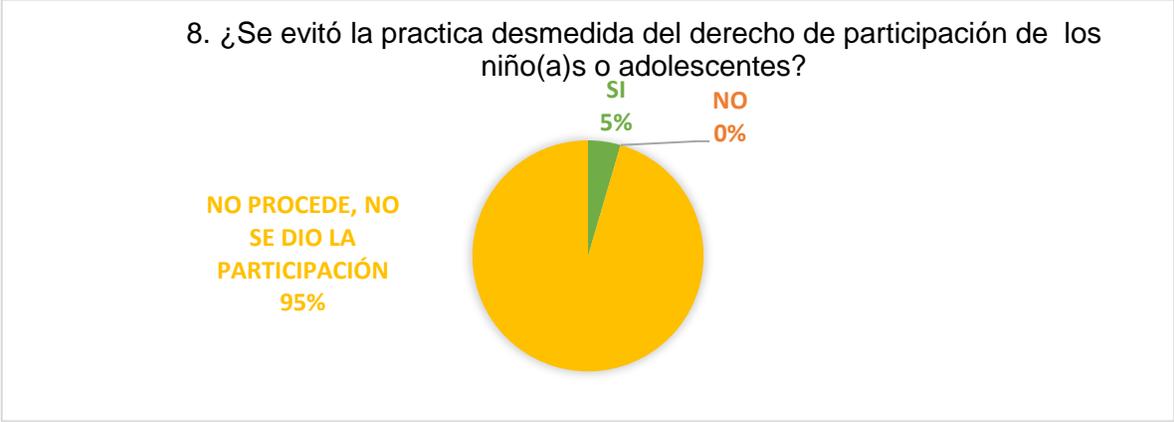
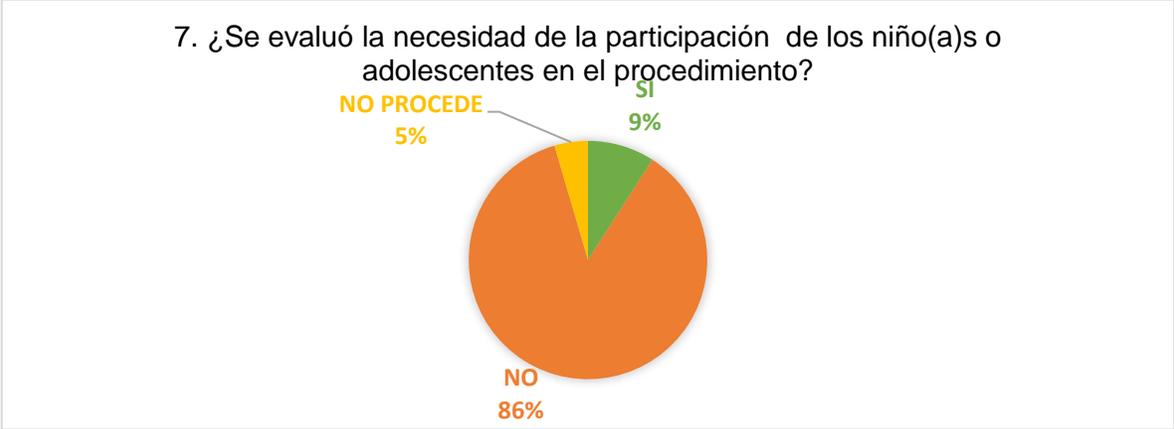
En cuanto a la pregunta ¿Se evitó la práctica desmedida del derecho de participación de los niño(a)s o adolescentes? que presupone la existencia de la participación de los menores de edad en el procedimiento judicial, ocurre un hecho interesante, pues como en la mayoría de los expedientes ni siquiera se estudió la necesidad de este derecho, mucho menos se ejerció por lo cual es imposible hablar una práctica desmedida de este derecho (lo que se representa con el 95% en color amarillo de la gráfica correspondiente).

En el único caso en que se puede hablar de una medida que se utilizó para evitar la práctica desmedida lo es de nueva cuenta el expediente 130/2016 de Naucalpan (custodia de hecho contradictoria); pues se ordenó la escucha del menor con intervención del Ministerio Público.

Finalmente respecto al hecho de explicar o justificar si efectivamente participo el menor de edad en el procedimiento o si por el contrario se justificó por que no

debía participar; podemos observar en veinte de los veintidós casos estudiados (o sea el 91% de los casos); ni existió participación de los niños o adolescentes ni tampoco existió pronunciamiento por parte de los tribunales para justificar esta ausencia de participación. Lo anterior lo podemos ver en las siguientes graficas:

Gráfica 6 Aplicación de una valoración expresa del derecho del niño a participar en los procedimientos especiales de divorcio incausado.

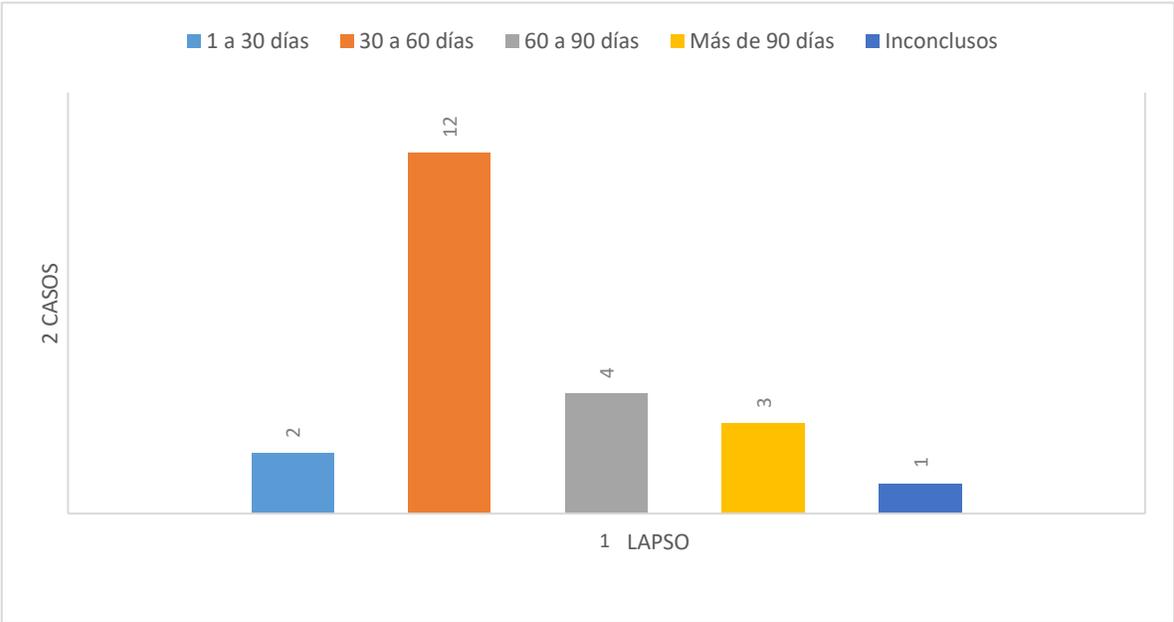


Elaboración Propia.

Finalmente y como dato estadístico es interesante señalar que, aunque la ley señala que se señala una primera audiencia para intentar avenir a los cónyuges después de nueve y antes de quince días de la notificación realizada al cónyuge citado y que no habiéndose obtenido la conciliación, se citará a una segunda audiencia con el mismo propósito, en un término de tres días después; el promedio de tiempo de resolución de un procedimiento especial de divorcio incausado es de 56 días.

Como podemos ver en la siguiente gráfica: de los veinte expedientes analizados; dos expedientes se terminaron en menos de treinta días (color azul claro); doce expedientes fueron terminados entre los treinta y los sesenta días (color naranja); cuatro expedientes finalizaron entre 60 a 90 días; tres expedientes tardaron en resolverse más de 90 días y uno se encontraba inconcluso.

Gráfica 7 Duración de los procedimientos especiales de divorcio incausado analizados.



Elaboración Propia.

Una vez presentados los datos analizados en el siguiente capítulo se expondrán las conclusiones del trabajo de investigación.

CAPÍTULO CUATRO

LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO *SUJETOS DE DERECHO CON AUTONOMIA PROGRESIVA*, HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL

Como ha quedado establecido en párrafos anteriores y durante la exposición del presente trabajo, la creación de la Convención sobre los derechos del niño introdujo un cambio en el paradigma del tratamiento jurídico de los niños, niñas y adolescentes.

Su suscripción por parte del Estado mexicano obedeció a una corriente cada vez de creciente en el mundo que promulga por un empoderamiento de los derechos de las personas menores de edad, dada su especial situación de la vulnerabilidad en todos los aspectos de su vida.

Si bien es cierto los niños y adolescentes dada la naturaleza de su condición son un grupo susceptible de ser vulnerado, es preciso hacer notar que su circunstancia no puede equipararse con la de otros grupos vulnerados.

Es verdad que existen autores que señalan que las personas menores de edad comparten ciertas características con otros grupos vulnerados, pero se debe precisar la lucha de los derechos del niño y sus condiciones naturales son completamente diferentes.

En este sentido, no se puede (ni se debe) equiparar la liberación de los derechos infantiles con los otros grupos vulnerados, como lo han sido históricamente las mujeres, las personas indígenas, o las personas pertenecientes al grupo lésbico, gay, bisexual, transexual, transgénero y travestí; pues al menos en el caso de las personas menores de edad existe un consenso internacional (e incluso histórico) generalizado para su protección que deriva de un hecho biológico natural.

Prueba de ello es que para el año 2019 la Convención sobre los derechos del niño es el tratado internacional que más países han firmado en el mundo.

En términos numéricos ciento noventa y seis de los Estados lo han firmado, incluso más que la Carta de la Naciones Unidas (la Convención sobre los derechos del niño fue signada incluso por Estados como el Vaticano que no forma parte de las Naciones Unidas, que cuenta actualmente con ciento noventa y tres países miembros).

Así pues, independientemente de que los niños y adolescentes son un grupo vulnerable (dado su estado de desarrollo biológico y cognitivo continuo) y que a veces en determinadas circunstancias se constituye como un grupo vulnerado; los demás grupos descritos son más bien grupos vulnerados *socialmente* (es decir excluidos por la sociedad), pues los niños a diferencia de ellos son personas en crecimiento que requieren el auxilio de los mayores para su sano desarrollo y ello no implica (necesariamente) que sea en detrimento de su dignidad humana.

Esto quiere decir que su situación de vulnerabilidad se desprende de un hecho natural y (en términos generales) pasajero; situación que disminuye progresivamente mientras crece y madura como persona, cosa que no ocurre con los grupos antes mencionados (porque su situación de vulnerabilidad es creada socialmente).

En este sentido, si bien la lucha por los derechos de la infancia es un fin noble en sí mismo, no se debe caer en el fanatismo del constructivismo social. Sí, es verdad que los niños son un grupo que en determinadas situaciones son vulnerados sistémicamente, pero ello no puede considerarse exclusivo del sector infantil.

En dadas circunstancias el rol de los padres juega un papel fundamental, es por ello por lo que se requiere estudiar el problema desde el origen, que es la familia y la forma en la que el Estado se relaciona con ella.

En el caso mexicano el Comité de los Derechos de Niño ha realizado diversas observaciones respecto a la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes; las más recientes en 2015 indicaban que se debía armonizar la legislación de los Estados de la República con los tratados internacionales y la Constitución en

materia de derechos de la niñez a efecto de preservar el interés superior de la infancia y su derecho de acceso a la justicia.

Pero como muchas veces pasa con el Derecho, una cosa es el cambio en la legislación, en la doctrina, en la letra; y otra muy distinta es el cambio en la práctica, en los hechos, en la realidad.

La ratificación de la Convención en el año 1990 trajo consigo un cambio en el paradigma dentro del *Estado Legislativo de Derecho*, un cambio que se traduce en la designación diferenciada de los niños, niñas y adolescentes, ya no como personas menores de edad, cuya voluntad se encontraba sustituida por la voluntad de los padres; sino como personas plenas con derechos propios y voluntad progresiva conforme a su desarrollo físico y mental.

Sin embargo este cambio, no se ha plasmado en la realidad porque no ha repercutido en la práctica jurídica para los operadores jurídicos y menos aún para las familias en crisis. En este sentido el presente trabajo pretende determinar si el sistema de *voluntad sustituida* continúa siendo el eje rector en las decisiones y medidas que se toman respecto a los niños, niñas y adolescentes.

Este grupo vulnerado exige que se transite a un cambio del *Estado Legislativo de Derecho* a un *Estado Constitucional de Derecho*, es decir, que no basta para la protección de los derechos fundamentales, la sujeción de Estado a la ley; sino que esta protección se debe extender a todos los poderes del Estado en todos sus niveles y también a los factores reales de poder privados.

Además, esta protección no debe encontrarse contenida solo en normas vigentes y validas, sino también en normas eficazmente aplicadas. De nada sirve que, en la Constitución, en la Convención, en la Ley para la protección de los derechos de los niñas y adolescentes, incluso que en el Código de Procedimientos Civiles se hable sobre la autonomía progresiva y el derecho de los niños a participar en los asuntos que afecten su esfera jurídica, si en la praxis los juzgadores no aplican estos mecanismos de protección, ello debido a formalismo legales.

En pocas palabras de nada sirve que la legislación respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentren impregnadas de *validez sustancial y formal*, si al momento de aplicar la norma jurídica no se aplican los mecanismos que garanticen el derecho fundamental de los niños y adolescentes a un sano desarrollo integral.

Es claro que el interés superior de la infancia entendida como el derecho sustantivo al sano desarrollo integral de la niñez se constituye como una *garantía primaria*, es decir como un derecho fundamental respecto a lo *decidible que* y lo *decidible que no*; se erige como limite al poder de los padres y de los juzgadores respecto de la dignidad de los niños, y adolescentes (y como se verá más adelante incluso como limite al propio menor de edad).

Pero ¿Qué pasa cuando esta *garantía primaria* es vulnerada?, ¿Existe un mecanismo para anular el acto o para repararlo? ¿Existen *garantías secundarias* suficientes y efectivas para preservar este derecho fundamental?

Como sucede con todo concepto jurídico indeterminado las respuestas a estas preguntas son complejas.

Pero podemos partir de la siguiente premisa, el interés superior de la infancia debe ser entendida en su doble aspecto; como un principio constitucional (concepto jurídico abstracto) que busca la maximización de los beneficios de las personas menores de edad y como un derecho fundamental de los menores de edad a un sano desarrollo integral.

Por este motivo podemos, al menos suponer, que el interés superior de la infancia puede ser concebida al mismo tiempo tanto una *garantía primaria* y como una *garantía secundaria*.

Se puede concebir entonces como el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a un sano desarrollo integral (por lo tanto, como obligación de Estado de protegerlos y prohibición a vulnerarlos) y como un medio para declarar la nulidad de los actos que violen este derecho subjetivo (obligación del órgano

jurisdiccional de corregir o anular cualquier violación al interés superior de la infancia como derecho subjetivo).

En este sentido, el juzgador tiene la obligación de maximizar la protección de los beneficios a los niños y adolescentes sujetos a procedimientos jurisdiccionales pues incluso tienen la facultad de intervenir de oficio para aplicar la suplencia en la deficiencia de la queja, no solo en materia probatoria sino incluso en temas de representación.

Como se expuso anteriormente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo 648/2014 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse respecto a la opinión consultiva OC-17/02, son contestes al afirmar que la suplencia en la deficiencia de la queja constituye una obligación de todos los órganos del Estado cuando intervienen derechos de niños y adolescentes.

Esto implica que, ante una defensa deficiente de este derecho subjetivo, todas las autoridades tienen la obligación de procurar el máximo beneficio a los niños y adolescentes involucrados, y cabe señalar que de no hacerlo la autoridad tiene la facultad de intervenir sin que medie petición para impedir (anular) cualquier acto que vulnere la esfera jurídica de los niños involucrados.

El presente trabajo de investigación parte de la idea de que existe una confusión conceptual entre el interés superior de la infancia como derecho fundamental (que ha sido ampliamente estudiado) y el interés superior de la infancia como un principio constitucional en los tribunales locales se le designa indistintamente y por lo tanto su aplicación no es clara.

Antes de continuar, con esta exposición se entrará al estudio de los resultados obtenidos del análisis de contenido de los expedientes en su versión pública, para corroborar si en efecto comprobó la hipótesis.

La hipótesis de investigación es la siguiente: Los juzgadores en materia familiar violentan el interés superior de la infancia durante la tramitación del procedimiento especial de divorcio incausado porque tratan a los niños, niñas y

adolescentes como *objetos de protección* y no se les reconoce como *sujetos de derecho* quienes tienen autonomía progresiva y derecho a ser oído en el procedimiento.

Para poder corroborar esta afirmación, se hizo necesario establecer primero que nada bajo que parámetros se considera que un niño, niña o adolescente es tratado como sujeto de derecho.

Se estableció que para el presente trabajo de investigación un niño o adolescente sería tratado como sujeto de derecho cuando se cumpliera con tres condiciones: que se tomara en cuenta su *autonomía progresiva*, se respetara su *sano desarrollo integral* (compuesto de manera mínima por los derechos de protección, alimentos y convivencias) y se analizara la pertinencia de ejercer o no el *derecho de los niños a participar* en los procedimientos en que se viera afectada su esfera jurídica.

Por oposición se estableció, que el hecho de no respetar alguno de los tres requisitos implicaba directamente y de alguna manera tratar a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección; ya sea porque se utilizaba el sistema de *voluntad sustituida* (no se toma en cuenta la opinión del niño solo la de los padres), porque no se preservaba el sano desarrollo integral, y porque no se analizara la conveniencia o no de la participación de los niños en los procedimientos que afecten su esfera jurídica (es decir que no se realizara un estudio a cada caso concreto).

En este sentido una vez realizado el análisis de contenido de los expedientes recabados se llega a la conclusión de que *no se corrobora la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación*, pues existe una falsa contraposición al asumir que los tribunales tratan a los niños y adolescentes *como sujetos de derecho o como objetos de protección*, pues la casuística es demasiado amplia para resumir el tratamiento a solo dos supuestos.

Del estudio de los expedientes analizados se denota que los juzgadores mexiquenses al tramitar los procedimientos especiales de divorcio incausado, reconocen la calidad de los niños, niñas y adolescentes como *sujetos de derechos*

que por su condición específica son un grupo con altas posibilidades de vulneración social.

Ello es así porque la legislación nacional e internacional aplicable para los procedimientos especiales de divorcio incausado tiene consistencia jurídica en lo que respecta al reconocimiento legal de los niños y adolescentes como sujetos de derecho, existiendo incluso protocolos de actuación para cuando intervengan personas menores de edad en los procedimientos judiciales.

El problema en sí mismo no radica en que los tribunales familiares (o la legislación) reduzca los derechos de los niños a objetos expectantes, sino a la forma en que se interpreta y aplican las normas procedimentales.

Es cierto también que en la mayoría de los casos se aplica un sistema de voluntad sustituida respecto a los derechos de los niños y adolescentes (sobre todo en los casos de convenios judiciales), pero ello es porque los juzgadores mexiquenses presuponen dos hechos:

1.- Que los padres como parientes consanguíneos directos tienen como finalidad inmediata la protección de sus hijos menores de edad;

2.- Que los padres conocen los intereses subjetivos de los niños y adolescentes sujetos a su patria potestad.

Estos son presupuesto válidos (en términos generales) que no implican tratar a los niños como objetos, el problema radica en que los tribunales familiares tienden a una generalización que simplifica la comprensión de la realidad con una regla universal de pocas o nulas excepciones, es decir subsume la aplicación de normas jurídicas sin hacer un análisis valorativo del caso.

En pocas palabras, el juzgador se conforma simplemente con cumplir con los requisitos formales que la ley exige para cumplir con la exigencia que impone el interés superior de la infancia como derecho fundamental (la norma positivizada), pero no aplica un estudio justificado del porque X medida es idónea y necesaria para el niño o adolescente del caso concreto.

¿Se acepta que la persona menor de edad es un sujeto de derecho? Si, por que la norma y el juzgador le reconoce esa calidad, ¿Existe un trato diferenciado para cada caso? No, pero no es porque sean considerados objetos protegidos sino porque aplican la ley sin entrar al estudio del caso concreto.

En este sentido y como se adelantó, no es que los tribunales traten a los menores de edad como objetos de protección (pues a priori las normas del sistema jurídico reconocen su calidad como sujetos de derecho), sino que la aplicación subsuntiva de normas que parten de presunciones racionales pero no generalizables, sobrentiende la justificación de la decisiones judiciales.

Por lo anterior, problema realmente radica en que los jueces en materia familiar para justificar sus determinaciones judiciales no realizan un ejercicio de individualización de la norma al caso concreto, pues entienden implícita la justificación de sus resoluciones en la norma misma (en términos de Ferrajoli denotan la norma pero no la connotan) y ello se puede corroborar en los siguientes puntos:

1.- Aplicación de roles de género como la idoneidad de la mujer para tener la custodia de las personas menores de doce años sobre la cuales ejerce la patria potestad o del padre como proveedor de la familia;

2.- Ausencia de participación de los niños y adolescentes en los procedimientos familiares donde se ventilen sus derechos de manera provisional o definitiva, en el entendido de que esto es contrario a su interés superior;

3.- Autonomía progresiva de las personas menores de edad en base a edades preestablecidas por la normativa civil aplicable (es decir tomar en cuenta edad biológica y no grado de madurez);

4.- Presunción de que los padres tiene siempre como finalidad la protección de sus hijos;

5.- Presunción de que los padres como parientes más próximos conocen efectivamente los intereses subjetivos de sus hijos;

6.- La aprobación de los convenios judiciales que cumplan formalmente con los requisitos legales.

En todos los casos anterior podemos notar una constante que es justamente la aplicación de la norma jurídica por medio del *modus ponens* (subsunción) en la cual no se integran los valores que nacen los principios constitucionales.

El juzgador sobreentiende que estos supuestos por estar positivados en la norma jurídica lo liberan del ejercicio justificativo de sus determinaciones. Pero ello no es del todo cierto, porque si bien existen muchos casos en que la simple aplicación de la norma jurídica permite la solución de conflicto también es verdad que para identificar cual caso es *fácil* y cual caso es *difícil* se requiere de un ejercicio valorativo ausente en los expedientes analizados.

Por lo anterior podemos concluir en los expedientes analizados en el capítulo tercero:

1.- No se realizó una justificación del porque las resoluciones tomadas son adecuadas al interés superior del niño o adolescente en el caso concreto, sino que se limitó a una adecuación genérica del interés superior de la infancia;

2.- No se respetó el derecho sano desarrollo integral del niño o adolescente debido a diversos formalismos, pues en la mayoría de los casos no se determinaban las medidas provisionales o cuando se determinaban no se cubría todos los aspectos que comprende un sano desarrollo integral de la infancia.

3.- No se realizó un estudio de la autonomía progresiva de las personas menores de edad, pues para su determinación se atiende a la edad biológica y no así a su grado de madurez;

4.- No se justificó la necesidad o no de que los menores participaran en el procedimiento;

5.- No se corrobora que los padres conocieran los intereses subjetivos de sus hijos, ni que tuvieran como finalidad el bienestar de su prole al aprobar los convenios judiciales.

Esta falta de actividad justificativa compleja que el juzgador mexiquense sobrentiende porque está fundamentada en la norma jurídica aplicada al caso concreto, así como la ausencia de la aplicación de principios constitucionales individualizados al caso concreto (donde por ejemplo cabría ponderar entre el principio de la autonomía familiar y la intervención del Estado en la dinámica familiar para salvaguardar el interés superior del menor), es la verdadera problemática que enfrentan los niños, niñas y adolescentes en el Estado de México.

Lo anterior no quiere decir que el sistema de voluntad sustituida sea idónea y necesaria para la protección del interés superior de la infancia, sino que debe existir entre la autoridad paterna y los hijos una comunicación abierta que permita el flujo de ideas e intereses en razón de su grado de madurez.

La patria potestad y la autonomía progresiva de los menores de edad no está en contraposición, sino que es su relación es necesaria y complementaria para lograr un sano desarrollo integral de la persona; y el Estado como garante de los derechos de la niñez debe observar que se cumpla con tal fin pudiendo en caso de que sea necesario (y de manera excepcional) intervenir en la dinámica familiar.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los niños y adolescentes no son un bien jurídico tutelado por la norma, ni un objeto que requieren la protección del estado, tampoco son un fin en sí mismos; más bien son *sujetos de derecho plenos* que requieren ser tratados conforme a su grado de madurez, que tiene derecho a ser oídos para que su opinión de tome en cuenta (cuando ello sea necesario), por lo tanto tiene que ser reconocidos por los adultos como un grupo en desventaja de acuerdo con el interés superior de la infancia.

SEGUNDA. Salvaguardar el sano desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes implica de manera necesaria proteger simultáneamente: el derecho a ser protegidos en su persona (guarda y custodia), el derecho a recibir los medios necesarios para su desarrollo y subsistencia (derecho de alimentos) y el derecho a convivir plenamente con ambas ramas familiares (derecho de convivencias); o en su caso justificar porque denegar su aplicación al caso concreto.

TERCERA. Se define el derecho familiar como un sistema de principios, técnicas legislativas y mecanismo de protección de las expectativas normativas otorgadas por el Estado conforme a los derechos fundamentales, que preceptúan supuestos jurídicos respecto a la organización, constitución y disolución de las relaciones familiares, y que tiene como finalidad garantizar el desarrollo integral de sus miembros particular y de la familia como ente en general.

CUARTA. El procedimiento especial de divorcio incausado es un procedimiento paraprocesal de naturaleza familiar, que tiene como finalidad la disolución del vínculo matrimonial a voluntad de uno de los cónyuges; y que conforme a los principios de concentración y unidad constituye un solo procedimiento, en el cual independientemente de su naturaleza jurídica se tiene que respetar los derechos de los niños y adolescentes.

QUINTA. Para fines propedéuticos y académicos en el presente trabajo el procedimiento especial de divorcio incausado se estudia en dos fases, una necesaria y la otra contingente. La primera fase (necesaria) de naturaleza

paraprocesal que inicia con la presentación de la solicitud de divorcio incausado y que finaliza con el auto que decreta la disolución del vínculo matrimonial y la segunda fase (contingente) que inicia con la presentación de las pretensiones con formato de demanda y que finaliza con la sentencia definitiva.

SEXTA. Las medidas provisionales respecto a los niños y adolescentes en el divorcio incausado son mecanismos legales (garantías secundarias) cuya finalidad es asegurar la salvaguarda la persona de los hijos, principalmente su derecho a ser protegidos, a convivir plenamente con ambos progenitores y su derecho recibir alimentos; y en las cuales se debería preservar los principios de autonomía progresiva e interés superior de la infancia.

SÉPTIMA. La aplicación de la ley de más débil en las controversias familiares no implica la defensa genérica de la niñez o la infancia en general (como un cúmulo de sujetos indeterminados); sino a la defensa de cada niño, niña o adolescente en particular al momento de presentarse los procedimientos familiares, pues no son ellos los que pidieron encontrarse en esa situación son, por así decirlo, víctimas de las circunstancias.

OCTAVA. Los derechos fundamentales contenidos en el artículo 4º constitucional en materia de derecho familiar son:

- 1) El derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer (párrafo primero);
- 2) El derecho a la protección de la familia y a la autonomía familiar (párrafo primero);
- 3) El interés superior de la niñez (párrafo noveno), y;
- 4) El derecho a la protección de la niñez tanto por el Estado como por los particulares (párrafos decimo y onceavo).

NOVENA. El interés superior de la niñez tiene una doble faceta: Como principio constitucional es un concepto jurídico indeterminado que tiene la finalidad de maximizar de derechos de la niñez; y como derecho fundamental será identificado el derecho de los niños y adolescentes al sano desarrollo integral.

DÉCIMA. El interés superior de la infancia como principio constitucional es una guía para que los juzgadores y aplicadores del derecho busquen la maximización de los beneficios de los niños, niñas y adolescentes en el plano jurídico; mientras que como derecho fundamental al sano desarrollo integral que se erige como eje rector de la validez sustancial que debe contener toda norma respecto a los derechos de la niñez independientemente de su materia.

DÉCIMA PRIMERA. Autonomía progresiva, es la capacidad que tienen los niños y adolescentes de acuerdo con su grado de madurez (y no solo de su edad biológica) para entender y comprender los hechos que suceden a su alrededor, y por lo tanto en los casos que así lo justifiquen, podrán expresar su opinión de manera libre y espontánea a cualquier situación que pueda llegar afectarlos (positiva o negativamente).

DÉCIMA SEGUNDA. El derecho de participación para los niños, niñas y adolescentes no es absoluto y dependerá del grado de madurez (autonomía progresiva) de la persona menor de edad; lo que sí es una obligación absoluta consiste en fundar y motivar la causa por la cual se considera el niño, niña o adolescente es o no apto para formarse un juicio propio y como consecuencia participar en el proceso jurisdiccional.

DÉCIMA TERCERA. El derecho a la tutela judicial en materia familiar es definido como el derecho público subjetivo que todo miembro de la familia tiene para acceder a tribunales independientes e imparciales, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un procedimiento justo y razonable, en el que se respete el interés superior de la niñez.

DECIMA CUARTA. Si bien es cierto en el capítulo correspondiente al divorcio incausado en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México no se prevé, que en los casos en que se llegue a convenio entre las partes del procedimiento se tome o no en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes conforme lo dispone el artículo 12 de Convención sobre los derechos del niño; el código en cita en su artículo 5.35 prevé esta obligación para todos procedimientos

judiciales, lo cual se corrobora con el artículo 58 de la Ley de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

DÉCIMA QUINTA. Desde una perspectiva garantista el sistema jurídico del Estado de México en lo que respecta a reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derechos tiene coherencia (forma) y consistencia (materia) normativa, por lo que existe se encuentra dotado de validez *sustancial y formal*, siendo por tanto una legislación vigente y válida.

DÉCIMA SEXTA. Se concluye que en los tribunales locales en materia familiar del distrito judicial de Tlalnepantla no aplican el principio de *autonomía progresiva* de los niños, niñas y adolescentes pues no existe un trato diferenciado por razón de su grado de madurez; tampoco existe orientación u apoyo para ejercer los derechos de la infancia como lo sugiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-17/2002, pero ello no implica que son tratados como objetos.

DÉCIMA SÉPTIMA. Se infiere que en los expedientes estudiados los juzgadores familiares del distrito judicial de Tlalnepantla, Estado de México durante la tramitación del procedimiento especial de divorcio incausado, no salvaguardan el principio del interés superior de la infancia porque no aplican la suplencia en la queja deficiente respecto a los derechos de custodia, alimentos y convivencias; los cuales constituyen un parámetro mínimo del sano desarrollo integral de los niños y adolescentes.

DÉCIMA OCTAVA. Se establece que durante la tramitación del procedimiento especial de divorcio incausado no se observa que exista la participación de los niños, niñas y adolescentes salvo en casos extraordinarios; pero en ningún caso cuando los padres lleguen a convenio respecto de los derechos paterno-filiales, lo cual contraviene lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño, pues existe una falta de justificación explícita por parte de los tribunales.

DÉCIMA NOVENA. Se determina que durante la tramitación del procedimiento especial de divorcio incausado no se observa que el juzgador realice una evaluación de la necesidad o no de recibir en la sede judicial la opinión de los niños, niñas y

adolescentes; lo cual constituye una obligación conforme a lo dispuesto por la tesis de jurisprudencia 1a. /J. 12/2015 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte.

VIGÉSIMA. Por las razones presentadas se concluye que no ha sido corroborada la hipótesis de investigación planteada, pues de los datos obtenidos por medio de un *análisis de contenido* de treinta expedientes en su versión pública recabados por medio de un *muestreo no probabilístico* nos permite inferir con cierto grado de certeza que existe una falsa contraposición en el tratamiento jurídico de los niños y adolescentes como *sujetos de derecho* o como *objetos de protección*.

VIGÉSIMA PRIMERA. No obstante lo anterior, los juzgadores en materia familiar violentan el interés superior de la infancia durante la tramitación del procedimiento especial de divorcio incausado, pero no es por que tratan a los niños y adolescentes como *objetos de protección*, sino porque aun considerándolos *sujetos de derechos* subsumen el interés superior de la infancia a una figura abstracta aplicada genéricamente sin adecuación al caso concreto.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Del estudio de los expedientes se infiere que los juzgadores familiares en el distrito judicial de Tlalnepantla, Estado de México, parten de la doble presunción de que los padres como parientes consanguíneos directos tiene como finalidad inmediata la protección de sus hijos menores de edad, al mismo tiempo que se presupone que por el mismo motivo que los padres conocen los intereses subjetivos de los niños y adolescentes sujetos a su patria potestad; pero no se detienen a examinar si ello es o no acorde a la realidad.

VIGÉSIMA TERCERA. Existe en la práctica del procedimiento especial de divorcio incausado en el distrito judicial de Tlalnepantla, Estado de México, una ausencia de justificación y de adecuación del principio del interés superior de la infancia al caso concreto, que se entiende implícita en la normativa pero que necesita ser justificada en cada caso. Es decir existe una aplicación en exceso formalista del derecho de los niños, niñas y adolescentes (entendidas como sujetos de derecho) prescindiendo de la utilización de los principios constitucionales aplicables.

VIGÉSIMA CUARTA. – A pesar de que existe la legislación se encuentra dotada de consistencia normativa (ausencia de antinomias) y coherencia entre las normas jurídicas y principios constitucionales; también existe una falta de efectividad en la aplicación de los principios constitucionales en la práctica del distrito judicial del Tlalnepantla, en materia familiar porque no se estudia cómo se configura el interés superior de la infancia al caso concreto. Por medio de esta justificación se llegaría justo medio entre la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes y la autonomía familiar.

PROPUESTAS

Ahora bien, una vez que se ha establecido la existencia de una problemática, aunque no fue comprobada la hipótesis de investigación planteada y que las conclusiones respectivas han sido expuestas; corresponde hacer los planteamientos de propuestas conforme al marco teórico designado.

En este contexto existen cuatro rubros esenciales que se plantean deben ser modificados a efecto de logra un cambio en el paradigma respecto al tratamiento judicial de los niños, niñas y adolescentes, los cuales son:

1.- La aplicación de la figura de la autonomía progresiva como complemento del modelo paternalista de la patria potestad;

2.- La aplicación de la figura del concepto jurídico indeterminado en la protección del derecho al sano desarrollo integral;

3.- La justificación de la intervención estatal en la dinámica familiar con base en el interés superior del infante;

4.- La suplencia en la deficiencia de la queja como medio para adecuar el interés superior de la infancia al caso concreto.

A continuación se procederá a explicar cada una de la propuesta presentadas y cada apartado finalizara con la presenta de un esquema general que permitirá el mejor entendimiento de los puntos tratados, procurando en todo momento utilizar el marco doctrinal para su elaboración.

1. La aplicación de la figura de la autonomía progresiva como complemento del modelo paternalista de la patria potestad

Uno de los datos más preocupantes que se puede localizar al analizar los expedientes del procedimiento especial de divorcio incausado, es la ausencia en la aplicación de la figura de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, ya sea de manera explícita o de manera tacita.

Por una parte de la simple lectura de los expedientes no se nombra en ninguna ocasión la frase *autonomía progresiva* por lo que se podría deducir que o se

desconoce el concepto o no se conoce su forma de aplicación; y por otro lado tampoco se hace un estudio respecto al nivel de conciencia de cada niño o adolescente, que hiciera suponer de manera indiciaria que aunque desconozcan el concepto de manera indirecta lo aplicarían.

Algunas formas indirectas de aplicar la *autonomía progresiva* sin mencionarla pueden ser por ejemplo, otorgando tratos diferenciados a los niños y a los adolescentes; pues ello supone, además de un cambio en la edad biológica de las personas, un cambio en la capacidad cognitiva del ser humano (aunque no necesariamente lo que debería ser valorado en cada caso).

Otra forma indirecta de aplicar la autonomía progresiva, es valorando la necesidad o no de la participación del niño o adolescente tomando como consideración su capacidad para comprender sus circunstancias y poder opinar al respecto, algo que la Primera Sala de la Suprema Corte ha determinado no se vincula necesariamente con la edad biológica.

De manera diversa también puede aplicarse la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes de acuerdo con su grado de madurez al momento de celebrarse convenios judiciales; pues en la práctica impera el sistema de *voluntad sustituida*. Por ejemplo en el caso de los adolescentes, aunque la ley establece que al determinar la custodia de los mayores de 12 años se deberá obtener la opinión del menor de edad, en los procedimientos terminados por convenio en ningún caso se llevó a cabo la diligencia.

Es este sentido, los adolescentes podrían vivir hasta seis años con las consecuencias vinculantes de un convenio judicial de un procedimiento judicial en el cual no se les dio la menor intervención, y peor aún ni siquiera se realizó un estudio de si ello era necesario.

De la presente investigación se concluye que no es dable en todos los casos establecer como obligación a cargo del tribunal recabar la participación de los niños o adolescentes que vean afectada su esfera jurídica, sino que debe observarse el caso concreto y justificar su intervención.

Por lo tanto, se plantea que la solución estaría entonces en aplicar manera conjunta la figura de la autonomía progresiva de los menores de edad con la figura la patria potestad del modelo paternalista sin contenido axiológico descrito en el primer capítulo, tomando en cuenta que:

A ejerce paternalismo jurídico sobre B si y solo si:

1) A ejerce un poder jurídico sobre B,

2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a si mismo y/o le suponen un incremento de daño (siendo esto daños de tipo físico, psíquico o económico).¹⁴⁸

En este caso, el poder jurídico (denominado patria potestad) de A (padre) sobre B (hijo o hija menor de menor de edad) es conferido por la ley con la finalidad de evitar de B acciones u omisiones que lo dañen o que supongan un incremento de daño, basado en la presunción de que los padres el procuran la protección de sus hijos y de que conocen sus intereses subjetivos.

En este caso, los daños evitados deben serlo de tipo físico, psíquico o económico, es decir daños objetivos y no daños morales (porque ello equivaldría hacer un juicio subjetivo de valor, que implicaría un acto autoritario y benevolente).

La aplicación de la autonomía progresiva se encuentra justamente en la *presunción de que los padres conocen los intereses subjetivos de sus hijos*; esto quiere decir que los jueces deben tener los elementos necesarios que les hagan presuponer que *efectivamente* los padres conocen los intereses subjetivos de los hijos, y que no actúan por intereses propios o que interpretan para su propio beneficio estos intereses subjetivos.

Cuestión aparte será el peso y la importancia de estos intereses subjetivos en razón se la edad del menor y del tema que se trate; pues no se le puede conceder un valor tasado a cada opinión del niño o adolescente, pero si debe existir al menos

¹⁴⁸ Alemany, óp. cit., pp. 273.

un estudio indiciario y explícito de que los padres actúan con la finalidad de proteger a sus hijos.

La pregunta es ¿Cómo es que el juez en materia familiar puede allegarse de los elementos indiciarios que le hagan presuponer que los padres conocen los intereses subjetivos de sus hijos y que tiene como finalidad su protección?

La respuesta es simple y a la vez compleja: en el caso de procedimiento especial de divorcio incausado será por medio del escrito de solicitud de divorcio incausado y del desahogo de vista de la solicitud. Y de la lectura de estos escritos y de los documentos que anexen al mismo el juez debe realizarse las siguientes preguntas:

1.- ¿En el ejercicio del poder *A* tiene como finalidad evitarle un daño a *B*?

2.- ¿Existen elementos para presuponer la existencia de un daño o un incremento de daño (daño físico, psicológico o económico) de *B*?

3.- ¿Existen elementos que hagan presuponer que *A* conoce los intereses subjetivos de *B*?

4.- ¿El poder de *A* se ejerce tomando en consideración los intereses subjetivos de *B* conforme a su grado de madurez y al tema tratado?

La aplicación de un razonamiento justificado en esta clase de preguntas permitiría la aplicación de la figura de la autonomía progresiva en las determinaciones judiciales que versen respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el procedimiento especial de divorcio incausado, sin que se tenga que posponer su análisis hasta la segunda fase del procedimiento, en la cual se entablan los escritos con formato de demanda.

A manera de ejemplo, en el caso de la pregunta 1, si la respuesta es afirmativa podemos continuar con el examen del asunto para determinar si nos encontramos o no ante un caso de paternalismo jurídico, pero si la respuesta es negativa nos encontramos ante un *acto autoritario*, es verdad que está legalmente fundado por la figura de la patria potestad pero es contrario al interés superior de la infancia.

Continuando con la pregunta 2, si la respuesta es afirmativa se deberá continuar con el análisis, sin embargo si la respuesta es negativa nos encontramos ante un *acto autoritario benevolente*, es decir un acto encaminado a la protección de *B* pero injustificado objetivamente pues la intromisión a *B* no deriva de un estudio neutral del daño sino de una impresión subjetiva.

En lo que respecta a la pregunta 3, de nueva cuenta si la respuesta es afirmativa se continua con el estudio del caso, no obstante si la respuesta es negativa inferimos que se trata de un *acto paternalista liso y llano* en el cual se cumple con el modo y el fin del acto paternalista, pese a lo cual no se asegura que *A* para ejercer su poder sobre *B* tome en consideración los intereses subjetivos de *B* (algo que no puede juzgarse *a priori* dañino para *B* pero que contraviene disposiciones internacionales en materia de autonomía progresiva).

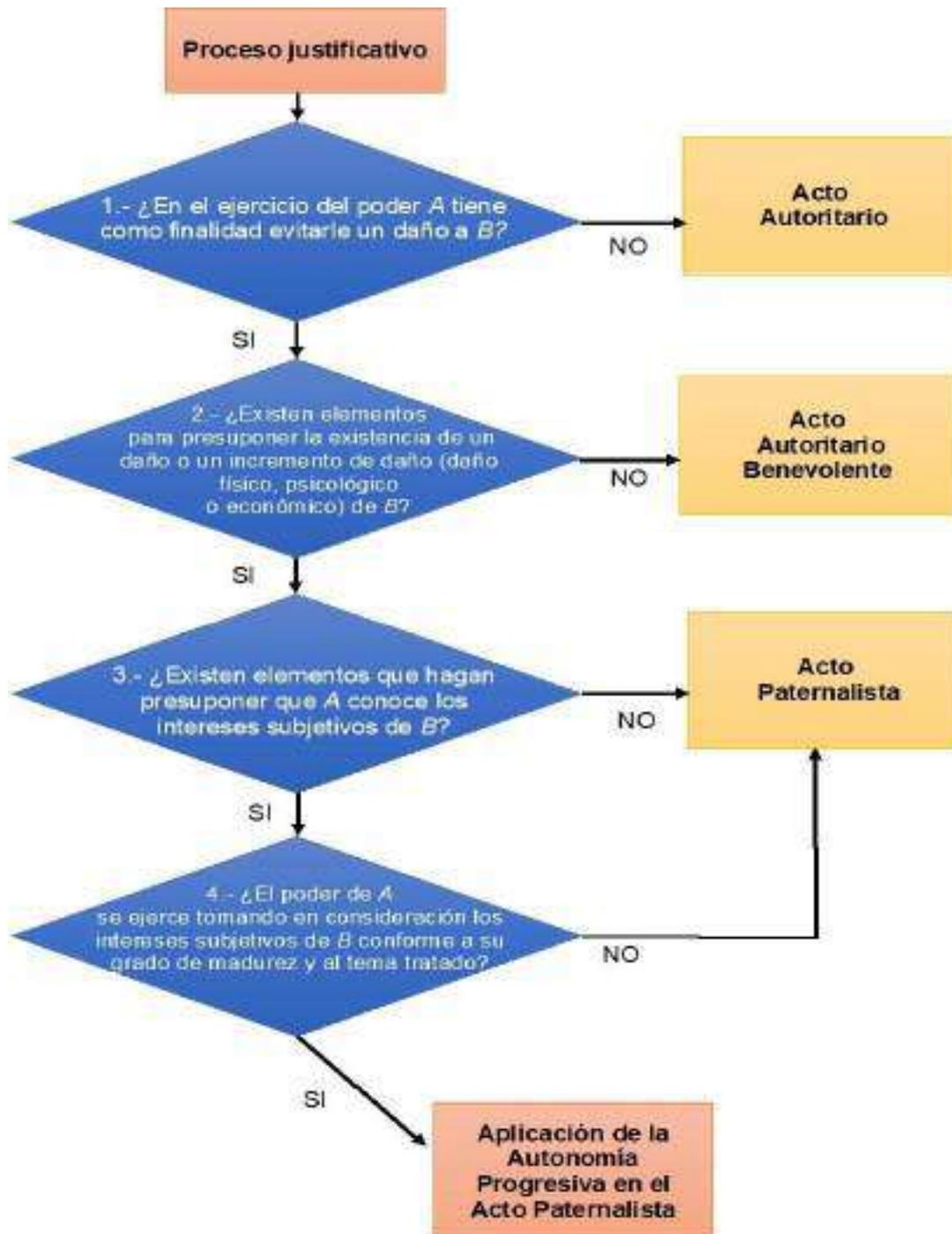
Finalmente en lo que respecta a la pregunta 4 si la respuesta a la interrogante es afirmativa entonces nos encontramos ante la *aplicación de la autonomía progresiva en el acto paternalista*: porque *A* está actuando con la finalidad de proteger a *B*, a efecto de evitarle un daño o el incremento de un daño (físico, psicológico o económico) con conocimiento de los intereses subjetivos de *B* y tomando en consideración esos intereses al momento de ejercer ese poder conforme a su grado de madurez y al tema tratado. En caso de que la respuesta a la última pregunta sea negativa, nos regresa al supuesto del acto *paternalista liso y llano*, (lo anterior lo podemos ver esquematizado en el Diagrama 2)

Se debe hacer especial alusión, cuando se dice que se debe tomar en consideración los intereses subjetivos conforme al grado de madurez y tema tratado, no se entiende que los intereses subjetivos expresados sean determinantes para ejercer el poder de una o de otra forma, pero sí que sean analizados con el demás cúmulo de elementos para tomar una decisión racionalizada.

Así por ejemplo el valor que se otorgue al interés subjetivos de un niño de 6 años respecto a cómo debe ser su educación debe necesariamente menor que respecto a la de un adolescente de 15 años que este eligiendo una escuela preparatoria. Pero al mismo tiempo es importante el tema tratado por que fácilmente

un joven de 16 años podría tener un interés subjetivo de abandonar sus estudios y no por ello necesariamente los padres tendrían que ceder ante ello.

Diagrama 2 Aplicación de la autonomía progresiva en el modelo paternalista de la Patria Potestad



Elaboración Propia.

2. La aplicación de la figura del concepto jurídico indeterminado en la protección del derecho fundamental niño al sano desarrollo integral

Como ya se estableció en el cuerpo de la investigación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis de jurisprudencia ha señalado que el interés superior de la infancia tiene múltiples facetas, entre ellas como un derecho sustantivo y de un principio constitucional¹⁴⁹.

Esto aunque en teoría es cierto, en la práctica conlleva un problema de denominación y de aplicación pues la ambigüedad jurídica del concepto no ayuda a que los operadores jurídicos lo concreten correctamente, o que diferencien cuando se trata de uno u de otro caso.

Tratando específicamente el tema el interés superior de la infancia identificado con el derecho sustantivo del niño al sano desarrollo integral podemos esclarecer el tema con la aplicación de la doctrina del concepto jurídico indeterminado.

En este punto retomaremos lo expuesto en el primer capítulo respecto al concepto jurídico indeterminado, recordando el interés superior de la infancia cuanta con un núcleo identificable fijo (*Begriffkern*) también denominado *zona de certeza positiva*, configurado por los datos previos y seguros es decir por los datos que en los cuales no existe discusión de que existe el interés superior; una zona intermedia o *zona de incertidumbre (Begriffhof)*, más o menos precisa, y, finalmente una *zona de certeza negativa*, también segura en cuanto a la exclusión del concepto porque tampoco existe discusión al respecto de que fuera de esa limite ya no existe el interés superior de la infancia¹⁵⁰.

De esta manera, en términos simples podríamos decir que la *zona de certeza positiva* se identifica con el estándar mínimo que se debe de cubrir para hablar de que se está protegiendo el interés superior de la infancia; mientras que la *zona de certeza negativa* es el punto a partir del cual no cabría lugar a dudas de que no se

¹⁴⁹ Tesis: 2a./J. 113/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Segunda Sala, Libro 69, agosto de 2019, t. III, p. 2328.

¹⁵⁰ Cfr. García de Enterría y Fernández, óp. cit., p. 500.

está respetando. Ambos extremos son fácilmente identificables y el problema lo entraña la *zona de incertidumbre* que se encuentra entre esos dos puntos.

Bajo ese orden de ideas, si la *zona de certeza positiva* se constituye como el estándar mínimo que se debe cubrir para proteger el interés superior de la infancia en su faceta de derecho fundamental del niño al sano desarrollo integral, entonces debemos establecer explícitamente como se compone este estándar mínimo.

Por lo tanto la zona de certeza positiva del derecho fundamental al sano desarrollo integral de la infancia se encuentra constituida (de manera necesaria) por los siguientes derechos escindidos de la patria potestad: el derecho a ser protegidos en su persona (protegido por el derecho a la guarda y custodia), el derecho a recibir los medios necesarios para su desarrollo y subsistencia (protegido por el derecho de alimentos) y el derecho a convivir plenamente con ambas ramas familiares (protegido por el derecho de convivencias). Con que falte salvaguardar uno de estos elementos no se cumple con una protección integral del niño.

Es cierto que existen casos, en los cuales por alguno u otro motivo se deberá suspender la convivencia con uno de los progenitores o ceder ante un sistema de custodia compartida por que el no hacerlo implicaría una trasgresión del Estado a la dinámica familiar, pero ello no quiere decir que no se salvaguarde el derecho de convivencias o el derecho de custodia respectivamente, sino que conforma a la situación de la familia en específico adquiere modalidades diversas que deben ser justificadas por el juzgador de manera explícita, y no darlas por presupuestas.

Por otra parte, en lo que respecta a la zona de certeza negativa es fácilmente identificable y se constituye por ejemplo de manera enunciativa más no limitativa en los siguientes supuesto: violencia intrafamiliar, condiciones insalubres de vivienda, adicciones en el círculo familiar, problemas de salud graves que afecten el cuidado del menor o altamente contagiosas, entre otras. Son supuestos jurídicos donde se pone en riesgo la integridad del menor y no cabe hablar de interés superior de la infancia en ningún caso.

El problema radica en la zona de incertidumbre o zona intermedia, en la cual el juzgador tiene que encontrar la solución justa atendiendo a los valores y principios de la sociedad en general y del niño o adolescente en particular.

Para solucionar esta problemática se propone aplicar el de manera conjunta el juicio de legalidad y el juicio de equidad expuesto anteriormente, dentro de la zona de incertidumbre, pues como podemos observar la zona de certeza positiva y negativa se encuentra definida en la ley.

El juicio de legalidad supone la aplicación de la norma sin más reparo que en su validez formal (aplicar la ley porque es la ley), mientras que el juicio de equidad permite la aplicación de la norma al caso concreto bajo en contexto de las circunstancias especiales del caso (e inaplicando la ley en caso de invalidez sustancial).

Sin embargo, se debe destacar que el juicio de equidad “comporta un poder de connotación que se expresa en elecciones y valoraciones ampliamente discrecionales”¹⁵¹. Pero no es ilegítimo este poder sino más bien ineludible, la discrecionalidad equitativa entendida como la actualización de la conducta a la hipótesis normativa no juzga un hecho en general, sino a un hecho específico singular e irrepetible y por lo tanto debe entenderse en su especificidad.

El juicio de legalidad los debe realizar el juzgador atendiendo a las normas positivizadas del derecho de guarda y custodia, derecho de convivencias y derecho de alimentos (así como a sus excepciones reglamentadas en la legislación) el mediante la verificación de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado hecho individual entra en un determinado supuesto jurídico denotado por la ley, es decir por medio de la subsunción.

Pero se entiende, que existen asuntos en los cuales la subsunción sea insuficiente para la resolución de los casos sometidos a la jurisdicción del juez, por lo que para la resolución de caso se debe hacer valer el juicio de equidad tendiendo

¹⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón...* cit., p. 161.

a los valores sociales, a la situación específica de la familia, del niño y a los principios constitucionales.

De esta manera entendemos que existen casos fáciles que podrán ser resueltos con la aplicación subyuntiva de la norma jurídica, pues en el fondo no entrañan conflicto alguno, pero existirán casos en los que hará falta aplicar también los valores y los principios constitucionales para encontrar la solución justa.

Así las cosas podemos decir que, cuando se presenten casos que se encuentren dentro de los supuestos normativos regulados por la zona de certeza positiva y la zona de certeza negativa puede aplicarse la subsunción, pero en los casos de la zona intermedia deberá aplicarse tanto el juicio de legalidad (subsunción) como el juicio de equidad aplicando valores y principios constitucionales, como a continuación se presenta:

Tabla 5 Interés superior de la niñez como concepto jurídico indeterminado



Elaboración propia.

Aquí la aportación también radica en enfatizar que tanto en uno como en otro caso, el juez familiar tiene la obligación de justificar porque considera que el caso X lo considera un caso *fácil* y por lo tanto subsumible a la norma jurídica, y porque el caso Y es un caso difícil que requiere una valoración diferenciada, algo que no parece ocurrir en los expedientes en su versión pública analizados.

3. La justificación de la intervención estatal en la dinámica familiar con base en el interés superior del menor

Si bien es cierto, no en todos los casos se justifica la intervención del Estado en la dinámica familiar, es un hecho innegable de que cuando existe la escisión de los derechos que componen la patria potestad por la ruptura de la pareja existe la obligación de la autoridad de velar por los intereses de los desprotegidos.

Así las cosas, cuando un asunto llega al conocimiento del órgano jurisdiccional (sea por una controversia del orden familiar o por un procedimiento especial de divorcio incausado), el juez familiar tiene la obligación de verificar proteja el principio constitucional del interés superior de la infancia, analizando cómo se configura al caso concreto y determinando si es necesaria o no la intervención de la autoridad.

Es cierto que por la naturaleza *paraprocesal* del procedimiento especial de divorcio incausado este se caracteriza por la ausencia de un litigio (conflicto intersubjetivo entre las partes); pero este formalismo legal no debe impedir que el juez aplicando el principio del interés superior de la infancia tome incluso de oficio las medidas necesarias para salvaguardar a los niños y adolescentes.

En este sentido por ejemplo en un escrito de solicitud de divorcio incausado donde no se soliciten medidas provisionales ni se haga mayor énfasis en la determinación de los derechos escindidos de la patria potestad, el juez no tendría elementos para intervenir en la dinámica familiar por el principio de autonomía familiar; pero lo que si constituye una obligación del jugador es argumentar y justificar su decisión, sin obviar sus razonamientos debido a la subsunción de la norma.

Caso contrario ocurre cuando desde un inicio a pesar de ser un divorcio incausado se planten problemas de violencia familiar e incluso se adjunte documentos que puedan hacer suponer que ellos es verdad, el juez tendría elementos para intervenir en la dinámica familiar a petición de parte o incluso de oficio, situación que no se ve reflejada en los expedientes estudiados, alegando principalmente que ello será resuelto una vez finalizado el procedimiento de divorcio.

En este sentido, la problemática reside en cómo identificar en qué casos es necesaria la intervención del Estado en la dinámica familiar y en qué casos esta intervención más que lograr un beneficio a los niños o adolescentes, se constituiría en una violación flagrante a la autonomía de la familiar, a la patria potestad y al interés superior de la infancia.

En este sentido nos remitiremos a la figura del *paternalismo conflictivo* expresada de la siguiente forma:

A ejerce paternalismo sobre B por medio de X, de forma justificada si y sólo si:

1) X es una medida idónea y necesaria en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños (siendo estos daños del tipo físico, psíquico o económico) y no hay una forma alternativa no paternalista y de costes razonable para evitar esos daños, y

2) La tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en una situación de incapacidad básica del sujeto B, y

3) Se puede presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones como al contenido concreto de X, si no estuviere en una situación de incapacidad básica.¹⁵²

A en este caso concreto sería el Estado, B por su parte es la familia como unidad autónoma, y X sería la intervención estatal en la dinámica familiar para salvaguardar el interés superior del niño.

Y por lo tanto para justificar los casos en los cuales el Estado (por medio de sus jueces) pueda intervenir en la dinámica familiar se propone aplicar el razonamiento anterior de la siguiente forma:

¹⁵² Alemany, óp. cit., p. 289.

El Estado (por medio del juez en el caso concreto) puede intervenir en la dinámica familiar para salvaguardar el interés superior de la infancia, sí y solo sí:

1) *La intervención del Estado en la dinámica familiar es una medida idónea y necesaria* para evitar que la familia dañe o incremente el daño de los niños o adolescentes integrantes de la familia y *no hay una forma alternativa no invasiva para evitar esos daños*;

2) Que la tendencia de esos daños o su incremento, tuvieran su fuente en la *incapacidad básica de la familia (a causa de la crisis familiar)* de proteger el interés superior del niño o adolescente;

3) Se pueda *presumir racionalmente que la familia prestaría su consentimiento para la intervención del Estado* en la dinámica familiar, si no estuviere en una situación de incapacidad básica (a causa de la crisis familiar).

De lo anterior, se plantea que la justificación que debería realizar el juez discurriría por medio de las siguientes preguntas:

1.- ¿La intervención del Estado en la dinámica familiar es una medida idónea y necesaria para el caso concreto?

2.- ¿Las formas alternativas *no invasivas* son insuficientes para evitar esos daños?

3.- ¿La familia en el caso concreto tiene una incapacidad básica (a causa de la crisis familiar) para proteger el interés superior del niño?

4.- ¿La familia prestaría su consentimiento para la intervención del Estado para la protección del menor sino estuviera en una situación de incapacidad básica?

Para contextualizar la aplicación de este modelo se ejemplificará de la siguiente manera, si a la pregunta 1 se contesta de manera afirmativa continuaremos con el proceso justificativo porque se entiende que se ha realizado un estudio respecto a los beneficios que tiene la intervención estatal en la dinámica familiar, mientras que en caso de que se responda de manera negativa se deberá de optar por otras medidas y no intervenir en la familia.

Continuando con el análisis del caso concreto, si la pregunta 2 se responde de manera afirmativa se conjetura que el juzgador ha realizado un balance de otras medidas que no implican la intervención estatal en la dinámica familiar y que solo con ella se lograría la protección del niño o adolescente; mientras que si la respuesta es negativa implicaría la no intervención estatal en la familia pues existen una alternativa la cual debe ser analizada con preferencia.

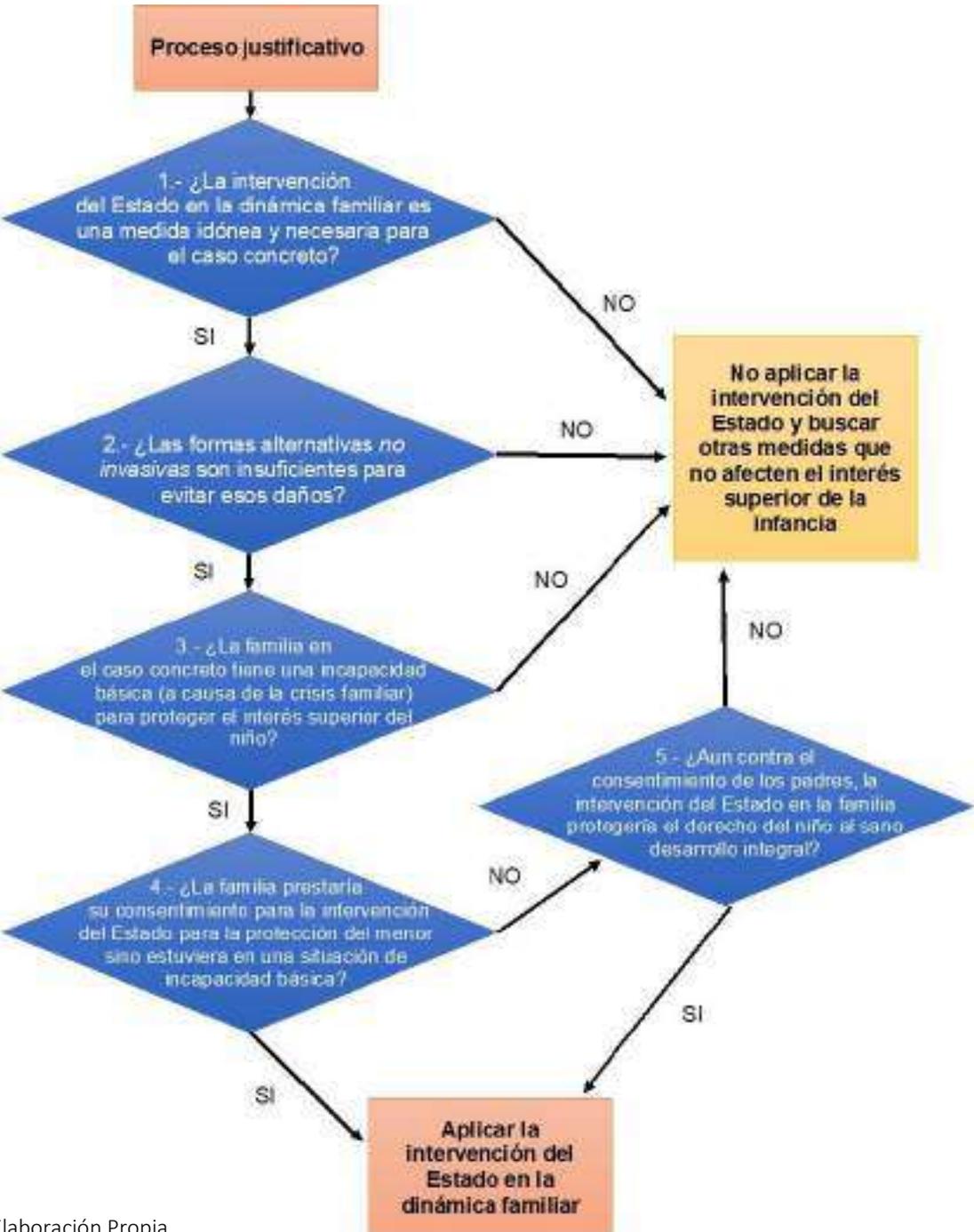
Después si a la pregunta 3 de responder se manera afirmativa es porque el juez ha estudiado la situación particular de la familia en crisis y de los menores involucrados y ha llegado a la conclusión de que las decisiones que toma la familia (sean padre o madre) no son aptas para salvaguardar los intereses de sus hijos y que por tal motivo se requiere la intervención estatal; mientras que si la respuesta es negativa implicaría que los padres son aptos y capaces de proteger los intereses de sus hijos y de que por tal motivo es innecesaria a intervención del Estado pues ello traería más consecuencias negativas que positivas en los menores involucrados.

La última pregunta debe ser un poco matizada en el sentido de la subjetividad de la presunción a prestar el consentimiento de la familia implicaría el conocimiento interno del pensamiento del individuo que se volvería imposible para el juzgador, por lo que aquí se refiere a una *presunción racional* libre de prejuicios e ideología la cual no siempre es posible lograr en el ámbito de la familia.

En este sentido si la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa entonces se contarían con todos los elementos para aplicar la intervención del Estado en la dinámica familiar para proteger el interés superior de la infancia entendida como el derecho fundamental del menor al sano desarrollo integral. Pero en caso de que fuera negativa la respuesta (por ejemplo en el caso en el cual por la religión de los padres no existiría manera, ni siquiera de manera presuntiva, de obtener su consentimiento para la donación de sangre que un menor necesita), se propone realizar una quinta pregunta ¿Aun contra el consentimiento de los padres, la intervención del Estado en la familia protegería el derecho del niño al sano desarrollo integral?

Si la respuesta es afirmativa entonces se encuentra justificada la intervención del Estado, en caso contrario deberán buscarse otras medidas no intervencionistas (o no paternalistas) de proteger este derecho, como puede observarse en el siguiente diagrama:

Diagrama 3 Justificación de la intervención del Estado en la dinámica familiar



Elaboración Propia.

4. La suplencia en la deficiencia de la queja como medio para superar el formalismo reduccionista de los juzgados

Una de las grandes deficiencias localizadas en los expedientes analizados fue la ausencia individualización del principio constitucional del interés superior de la infancia al caso concreto.

Cuando se realiza la pregunta ¿Cómo se configura el interés superior de la infancia en el niño X en el caso 1? y se compara con la pregunta ¿Cómo se configura el interés superior de la infancia del niño Y en el caso 2?, observamos que no existe una diferenciación ni una individualización al caso concreto, todo se subsume a supuesto normativos.

Esta subsunción genérica del interés superior de la infancia a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México parecería hacer creer que todos los casos son resumibles a una sola hipótesis normativa; es decir que solo existe una forma valida de interés superior de la infancia.

Sin embargo, ello no es así porque esta figura como principio constitucional requiere una individualización al caso concreto que debe darse desde el inicio del procedimiento especial de divorcio incausado. Es cierto, que como lo manifiestan los tribunales familiares que este procedimiento no tiene como finalidad resolver conflictos, pero esto no implica desproteger a los menores hasta que se resuelva el divorcio.

La suplencia en la queja deficiente a favor de los niños y adolescentes se debe constituir como un instrumento debilitador del excesivo formalismo imperante en los tribunales familiares.

Así como Ferrajoli expresa que el positivismo clásico (llamándolo paleopositivismo) ha dejado de ser suficiente para preservar el Estado Constitucional de Derecho, también ha dejado de ser suficiente para la resolución de procedimientos judiciales, porque no se adecua a las necesidades de la sociedad actual.

Esta crítica va encaminada al excesivo formalismo en la aplicación del derecho que lo vuelve un instrumento inhumano e inmutable. El derecho actualmente debe obedecer a la ley no solo porque es ley, sino porque es ley acorde a los principios constitucionales.

En este sentido, con la suplencia en la deficiencia de la queja no se está promoviendo un activismo judicial injustificado, porque el pensamiento Ferrajoliano choca de lleno con esa idea; pero si se promueve una revisión de justificación racional de la aplicación de las normas de manera integral y sistémica.

En resumidas cuentas, no es que los jueces deban crear derecho (o deroguen) porque es contrario a la constitución, sino que apliquen el derecho (o lo inapliquen) conforme a los principios constitucionales y sin salir de su ámbito de competencia.

Bajo este orden de ideas lo que se propone es que los jueces en materia familiar apliquen la norma jurídica bajo el examen de validez sustancial y formal para corroborar su consistencia y coherencia normativa. En los casos de inconsistencia normativa se resolverán con los criterios tradicionales de resolución de antinomias y en los casos de incoherencia normativa se deberá contrastar la finalidad de la norma con la finalidad de los principios constitucionales.

En este sentido, por ejemplo cuando se presenta un procedimiento especial de divorcio incausado donde en el escrito de solicitud de divorcio se requiera la aplicación de medidas provisionales para proteger el sano desarrollo integral del menor, el juez dentro del ámbito de su competencia (por que el Código Civil y al Ley del derechos de los niños, niñas y adolescentes lo facultan para ello) debe desde un inicio entrar al estudio se su concesión o denegación atendiendo a las manifestaciones del caso concreto y de los documentos aportados.

El tribunal familiar desde una perspectiva garantista no tiene justificación para negar el estudio de las medidas provisionales; pero desde una perspectiva formalista (del tipo reduccionista) el tribunal puede justificar su actuar porque el procedimiento especial de divorcio incausado no es un proceso judicial que deba ser resuelto por un sentencia (calificado por el conflicto existente entre la pretensión

de uno y la resistencia del otro); pero cabe hacer notar que esta justificación no es acorde a los principios constitucionales consagrados el artículo 4 constitucional, ni en la Convención sobre los derechos del niño que forma parte del bloque de constitucionalidad al cual está obligado el juzgador.

En términos simples la denegación de las medidas provisionales respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes (guarda y custodia, alimentos y régimen de convivencias y visitas) por el simple hecho de no formar parte del procedimiento especial de divorcio incausado, es una justificación excesivamente reduccionista (formalismo en sentido despectivo) que vulnera el principio del interés superior de la infancia.

Los tribunales familiares deben aplicar la suplencia en la deficiencia de la queja cuando de constancias se observe que existe una vulneración al sano desarrollo integral del menor independientemente de la naturaleza del procedimiento (procedimiento especial o controversia familiar), pero sin invadir la esfera de competencia legislativa ni la competencia paternal.

En gran medida el problema se reduce a la concepción del derecho que tenga el impartidor de justicia: Un juez que tenga una concepción del derecho formalista (es decir positivista en extremo reduccionista, en la cual para la resolución de conflictos aplica únicamente subsunción de la norma formalmente válida sin analizar su contenido sustancial), no realizará un estudio ampliado del caso planteado pues para él la resolución del conflicto está dada en las normas del procedimiento, es decir solo realiza un juicio de legalidad.

Por otro lado, un juez que aplique el garantismo (es decir el positivismo crítico, que analiza la norma jurídica desde su validez formal pero también desde su validez sustancial y que por tanto justifica su proceder desde el ámbito de su competencia sin rayar en el activismo judicial), realizara un estudio de los principios y mecanismos que se encuentran contenidos en la norma para la protección del más débil realizando por lo tanto de manera necesariamente conjunta un juicio de legalidad y un juicio de equidad.

Es cierto que esta última propuesta es ambigua, pero también es trascendental pues consiste en la concientización de los juzgadores (y porque no decirlo también de todos los operadores jurídicos) de que existe un cambio en el paradigma de la resolución de conflictos, que implica la superación del positivismo clásico kelseniano hacia una postura donde la valoración de la norma no solo se realiza en cuanto a su forma sino también en cuanto su sustancia. Una propuesta que en cierto sentido, supera los fines de este trabajo.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN

Bibliografía

- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de Familia*, 2ª ed., México, Oxford, 2012.
- BURGOA TOLEDO, Carlos A., *Análisis e Interpretación de las disposiciones fiscales*, 1ª ed., México, Thomson Reuters, 2017.
- CALLEJO GALLEGO, Javier (Coord.) et al, *Introducción a las técnicas de investigación social*, 1ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, p. 167.
- CERVERA RIVERO, Oscar G. y Barragán Albarrán, Oscar, *Practica Forense en Derecho Familiar*, 1ª ed., México, Inter Writes, 2010.
- CHAVES ASENCIO, *La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, 5ª ed., México, Porrúa, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 1ª ed., México, Jurídica Universitaria, 2002.
- CORBETA, Piergiogio, *Metodología y Técnicas de Investigación Social*, 1ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2007.
- D'ANTONIO, Daniel H., *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- , *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 1ª ed., México, Trotta, 1989.
- , *Garantismo Penal*, 1ª Ed., México, Serie Estudios Jurídicos 34, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- , *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2ª ed., Madrid-México, Fontamara, 2013.

----, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia*, Tomo 1, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2011.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, et al, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 9ª ed., México, Porrúa, 2017.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil Primer Curso. Parte General. Personas. Familia.*, 27ª ed., México, Porrúa, 2012.

GARCÍA CHAVARRÍA, Ana Belem, *La Convención sobre los Derechos del Niño*, Fascículo 8, 1ª ed., CNDH-México, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 17ª ed., Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, 2015.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10 ed., México, Oxford, 2004.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos de los niños y las niñas*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015.

GUAHNON, Silvia V., *Medidas Cautelares en el Derecho de Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2011.

HERNÁNDEZ CRUZ, Armando, *Derecho al libre desarrollo de la personalidad*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2018.

IVARS RUIZ, Joaquín, *Guarda y Custodia Compartida aspectos procesales y sustantivos*, 5ª ed., Valencia, Tirand lo Blanch, 2008.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y FONSECA LUJAN, Roberto, *Juicios Orales en Materia Familiar*, 1ª ed., México, Iure Editores, 2014.

MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Derecho Familiar*, 1ª ed., México, Oxford, 2013, pp. 429.

OBREGÓN SALINAS, Gonzalo L., *Lo teórico y lo práctico de los Derechos Humanos*, 1ª ed., México, Thomson Reuters, 2018.

- ORTEGA SORIANO, Ricardo A., *Los Derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 1ª ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- OVALLE FAVELA, José, *Garantías Constitucionales del Proceso*, 1ª ed., México, McGraw-Hill, 1997.
- PILOTTI, Francisco, *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*, 1ª ed., Santiago de Chile, Cepal-Eclac, Naciones Unidas, 2001.
- RODRÍGUEZ, Ma. Luisa y LLANARES, Juan (coord.), *El trabajo de fin de máster: fases para su elaboración y sugerencias para evaluarlo*, 1ª ed., Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2015.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo Derecho de Familia*, 7ª ed., México, Porrúa, 1987.
- SALAZAR UGARTE, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre los derechos humanos. Una guía conceptual*, 1ª ed., México, Porrúa, 2014.
- SALMON, Elizabeth, et al, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2012.
- SIERRA BRAVO, R., *Técnicas de Investigación Social. Teorías y Ejercicios*, 14ª ed., Madrid, Thomson, 2003.
- SILVA MEZA, Juan N. (Coord.), *Temas Selectos de Derecho Familiar: Divorcio Incausado*, 1ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.

Hemerografía

- ALEMANY, Macario, "El concepto y la justificación del paternalismo", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Número 28, Año 2005, p. 288-289.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "Sobre principios y reglas", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Número 10, Año 1991, pp. 101-120.
- ERAÑA, Miguel, "Libre desarrollo de la personalidad en la legislación mexicana, entendiendo su significado más allá de ser el bien protegible en el delito de trata de personas" en *Temas selectos de derecho internacional y de derechos humanos*, Serie Doctrina Jurídica, No. 686, Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2014, pp. 127-150.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, "*Derechos Humanos en el artículo 1º constitucional: obligaciones, principios y tratados*", 1ª ed., México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos", *Revista de Derecho (UCUDAL)*, Santiago de Chile, año 14, número 18, 2da época, diciembre 2018, pp. 117-137.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, "¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina" en Pérez Contreras, María Monserrat y Macia Vázquez Ma. Carmen (coords.), *Marco teórico conceptual sobre menores vs niñas, niños y adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Memorias, Núm. 5, Publicación Electrónica, 2011,35-48.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, "Variaciones metodológicas en el análisis de casos y jurisprudencia" en Larenguet, Guillermo (Coord.), *Metodología de la Investigación Jurídica. Propuestas Contemporáneas*, 1ª ed., Córdoba-Argentina, Editorial Brujas, 2016, pp. 176 y 177.

MEZA SILVA, Juan N., “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”, en Sepúlveda, Ricardo et al. (Coord.) *Derecho Constitucional de los Derechos Humanos. Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN et al, “Interés superior de la niñez. Su alcance y función normativa en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia”, *Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, No. 79, Año. 2015.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN et al, “Suplencia en la deficiencia de la queja con base en el interés superior de la niñez.”, *Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, No. 102, Año. 2018.

Resoluciones Nacionales e Internacionales

AMPARO DIRECTO CIVIL 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 22/01/2021.

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 648/2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 25/08/2019, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=27012&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2013952>

CONTRADICCIÓN DE TESIS 256/2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 25/08/2019, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=25608&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2009010>

CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 04/10/2018, <http://207.249.17.176/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>

CONTRADICCIÓN DE TESIS 496/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 25/08/2019, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24416&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2003727>

CUARTO INFORME DESARROLLO ESTRATÉGICO 2018, Poder Judicial del Estado de México, versión la línea, p. 15, fecha de consulta 13/08/19, en: <http://cuartoinforme.pjedomex.gob.mx/cuartoinforme/>

EXPEDIENTE VARIOS 912/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, versión en línea, consultada el 04/10/2018, http://www.dplf.org/sites/default/files/scjn_-_expediente_varios_912-2010_0.pdf

OBSERVACIÓN GENERAL NO. 12, Comité de los Derechos del niño, *El derecho del niño a ser escuchado*, 51 periodo de sesiones, (2009), CRC/C/GC/12.

OBSERVACIÓN GENERAL NO. 7, Comité de los Derechos Niño, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 40º periodo de sesiones (2006), CRC/C/GC/7/Rev.1.

OBSERVACIONES FINALES del Comité de los Derechos del Niño realizadas a México respecto al Segundo Informe periódico de fecha 10 de noviembre de 1999.

OBSERVACIONES FINALES del Comité de los Derechos del Niño sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México de los días 19 y 20 de mayo del 2015.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, versión en línea, consultada el 25/08/2019, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

TESIS: 1a. /J. 13/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, mayo de 2015, Tomo I, p. 382.

TESIS: 1a. /J. 28/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XX, mayo de 2013, t. 1, p. 441.

TESIS: 1a. /J. 52/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 215.

TESIS: I.4o.C.4 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época, Libro 33, agosto de 2016, Tomo IV, p. 2653.

TESIS: I.7o.C.165 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011, p. 2190.

TESIS: VI.2o.C. J/16 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 17, abril de 2015, Tomo II, p. 1651.

TESIS: XI.3o.31 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, febrero de 2008, p. 2349.

TESIS: XIX.1o.A.C.54 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2816.

TESIS: 1a. /J. 12/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, mayo de 2015, t. I, p. 383.

TESIS: 1A. /J. 12/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, marzo de 2017, t. I, p. 288.

TESIS: 1a. /J. 44/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, t. I, p. 270.

TESIS: I.5o.C. J/16, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2188.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención sobre los derechos del niño

Declaración Universal de Derechos Humanos

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Código Civil para el Estado de México

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México

Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes del Estado de México

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México