



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS
DE DIVORCIO EN EL ESTADO DE QUERÉTARO**

TESIS

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL GRADO

DE

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

MTRO. EDUARDO CECECATL FIGUEROA FLORES

DIRIGIDO POR

DRA. KARLA ELIZABETH MARISCAL URETA

CENTRO UNIVERSITARIO

QUERÉTARO, QRO.

MAYO DE 2022

Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Doctorado en Derecho



EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS
DE DIVORCIO EN EL ESTADO

Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de
Doctor en Derecho

Presenta:

Mtro. Eduardo Cececatl Figueroa Flores

Dirigido por:

Dra. Karla Elizabeth Mariscal Ureta

Dra. Karla Elizabeth Mariscal Ureta
Presidente

Dr. Edgar Pérez González
Secretario

Dr. Israel Covarrubias González
Vocal

Dra. Nohemí Bello Gallardo
Suplente

Dr. Lutz Alexander Keferstein Caballero
Suplente

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Mayo de 2022

Resumen

Repercusión del divorcio en la figura de guarda y custodia de los hijos. Los jueces están obligados a evaluar en interés superior del menor para la fijación de la guarda y custodia en todos los procedimientos de Divorcio. Desde la hipótesis de que al garantizarse el interés superior del niño durante y después del divorcio se salvaguarda el vínculo entre padres e hijos, necesario para su pleno desarrollo como seres humanos. Necesario armonizar la legislación local a fin de salvaguardar garantías procesales en los casos de divorcio donde se decida sobre la guarda y custodia.

(Palabras clave: Custodia, Divorcio, Interés superior del menor.)

Summary

Impact of divorce on the figure of custody of children. The judges are obliged to evaluate the best interests of the minor to establish custody in all Divorce proceedings. From the hypothesis that by guaranteeing the best interests of the child during and after the divorce, the bond between parents and children is safeguarded, necessary for its full development as human beings. It is necessary to harmonize the local legislation in order to safeguard procedural guarantees in cases of divorce where it is decided the custody.

(Keywords: Custody, Divorce, Best interests of the minor.)

Dedicatoria

En memoria de mi padre Lic. Amadeo Figueroa Toledo.

Agradecimientos

Al Programa Titúlate de la Facultad de Derecho.
A la Dra. Karla Elizabeth Mariscal Ureta por su invaluable
apoyo para la culminación de esta Tesis.

ÍNDICE

Resumen.....	iii
Summary.....	iv
Dedicatoria.....	v
Agradecimientos.....	vi
Índice.....	vii
Introducción.....	9

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

1.1. La familia y su protección en el ámbito jurídico.....	11
1.2. Las relaciones familiares entre padres e hijos.....	15
1.3. Los conflictos en la familia.....	19

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DIVORCIO Y LA FIJACIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA

2.1. Concepto y propósito de guarda y custodia.....	21
2.2. Antecedentes Históricos.....	23
2.3. Los menores y el divorcio.....	28
2.4. Regulación de la figura de la Guarda y Custodia en relación con el Divorcio.....	29

CAPÍTULO TERCERO
EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS CASOS
DONDE SE DECIDA SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA

3.1. El interés superior del niño en los Tratados.....	35
3.2. El interés superior del menor en la Constitución.....	51
3.3. El interés superior del menor en la Legislación Local.....	52

CAPÍTULO CUARTO
INTERPRETACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
EN ASUNTOS DE GUARDA Y CUSTODIA

4.1. La Interpretación Jurídica.....	59
4.2. La función jurisdiccional como garante del interés superior del menor (experiencia de casos).....	61
4.3. Criterios judiciales relevantes para la protección del interés superior del niño en casos de guarda y custodia.....	63

CONCLUSIONES.....	69
--------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA.....	70
--------------------------	-----------

Introducción

Se puede estimar que la familia es la institución social más importante, es anterior al orden jurídico, y éste debe encaminarse a lograr su desarrollo pleno. Después del individuo en particular, la familia es el fin primordial de la actividad de Estado.

La sociedad actual está sufriendo cambios importantes que también se reflejan en el ámbito de la familia. Las separaciones y divorcios han incrementado sustancialmente en los últimos años. ¿Cómo afecta el divorcio a los vínculos entre los menores y sus padres? y consecuentemente, ¿en los marcos legales y procesales en México se garantiza el interés superior del menor?, son algunas de las interrogantes que surgen cuando analizamos el divorcio y sus consecuencias para los menores.

El concepto de familia y su protección jurídica se ha extendido desde plano internacional, en el divorcio y sus implicaciones en las relaciones entre menores y padres, el interés superior del niño constituye un principio básico para salvaguardar los derechos de los menores de convivencia con sus padres.

La presente colaboración pretende fundar la obligación que tiene el Poder Judicial del Estado de Querétaro de garantizar el interés superior del niño, en cualquier proceso de divorcio ya que todas las decisiones sobre los menores deben estar motivadas, justificadas y explicadas. En la motivación se deben señalar las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la determinación es diferente de la opinión del menor, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para enseñar que el interés superior del menor fue una consideración importante, a pesar del resultado; se deben detallar todas las consideraciones relacionadas con el caso y se deben expresar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular, ya que la Constitución

Federal y los Tratados internacionales así lo exigen, es por ello que encontramos de sumo interés el tema por abordar una problemática actual que día a día se desarrolla en los juzgados del fuero común.

Además consideramos que es importante conocer y llevar a la práctica los instrumentos internacionales que guardan relación con el interés superior del niño ya que gracias a ellos podemos aspirar a tener sentencias y resoluciones judiciales más justas para este sector de la población.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

1.1. La familia y su protección en el ámbito jurídico

A lo largo de la historia, los Estados se han empeñado en proteger y desarrollar tan importante institución mediante su regulación en las leyes ordinarias, en los ordenamientos constitucionales e incluso en los Tratados y Declaraciones Internacionales. Esto ha permitido que cada vez un número mayor de constituciones en el mundo contemplen esta institución en su texto, reconociéndole derechos e imponiendo obligaciones al Estado para beneficio de ésta.

Se puede estimar que, "...el deseo por la preservación de la familia, considerada elemento fundamental para la vida del hombre en comunidad, se ha traducido en una multiplicidad de consagraciones normativas en textos jurídicos de la más alta jerarquía e importancia".¹

En ellos el Estado o la comunidad internacional reconocen en la familia una realidad que es prejurídica, y no creada o diseñada por las normas legales emanadas de la autoridad política estatal o de organismos supraestatales o paraestatales; dicho reconocimiento implica un respeto por la autonomía de los fines y la libertad de desarrollo de cada una de las familias para alcanzar estas finalidades; además del reconocimiento, el Estado o la comunidad internacional se obligan a proporcionar una protección especial a la familia, que la distingue de otras formaciones sociales o cuerpos intermedios a los cuales también se presta reconocimiento, es decir, implica un tratamiento preferencial o privilegiado a la familia: esta protección especial se extiende también y particularmente al ámbito jurídico, la cual se debe desplegar respecto de una institución que mantiene una

¹ CARRASCO Barraza, Alejandra. "A la sombra de la torre de Babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre la familia", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, Vol. 21, No. 2, Mayo-Agosto, 1994, p. 372.

fisonomía distinguible y una realidad inequívoca: “la familia, que se valora per se como un elemento natural, básico o fundamental del orden social”.²

En la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la ONU (1948) se encuentra la primera consagración de un derecho si se puede denominar así a la familia. Expresa el artículo 16 número 3º: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Señalando asimismo que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia.

La ONU establece que es un deber de los Estados proteger a la familia, una clara forma es tipificando normas penales contra quienes atenten la familia. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en 1995 se estableció que se debe erradicar toda forma de violencia contra la mujer, eliminar todas las formas de acoso sexual y erradicar toda clase de costumbre contrarias a los derechos de la mujer. Además, se subraya la importancia que tiene los niños dentro de la sociedad y que no se debe permitir toda clase de abusos y violencia al interior de la familia.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) afirma en el artículo sexto que “toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966), considera en el artículo 10 a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad”, a la cual debe concederse “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966) en el artículo 23, afirma también que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tienen derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, asimismo, reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer

² SERNA, Pedro. “Crisis de la familia europea: una interpretación”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, Vol. 21, No. 2, Mayo-Agosto, 1994, p. 235.

matrimonio y a fundar una familia, si tienen edad para ello. En semejantes términos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica (1969), reconoce en su artículo 17 a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

Otros instrumentos internacionales también contienen disposiciones diversas que redundan en beneficios concretos a la familia, tales son los casos de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1962), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará” (1994), Convención sobre los derechos del niño (1989), entre otros.

Lo anteriormente referido revela la preocupación de los Estados por proteger a la familia, estableciendo como imperativo de la sociedad y del Estado. Además, como señala Bidart Campos, el ingreso a la Constitución de normas sobre la familia tiene un claro efecto práctico: “...disipar toda duda acerca de la posibilidad de invocar dichas normas en la jurisdicción constitucional, así como descalificar cualquier otra norma inferior que no sea afín, o bien, incompatible o violatoria”³.

Chávez Asencio y Hernández Barros nos señalan que es difícil pretender en una definición comprender a todas las familias que en sus diversas estructuras se encuentran en nuestro país, sin embargo, se puede hacer la siguiente precisión:

“La familia como comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia, y se integra por los progenitores (o uno de ellos), y con los hijos (incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, unidos por vínculos surgidos de sus relaciones interpersonales o jurídicas”.⁴

³ BIDART Campos, Germán, “El derecho de familia desde el Derecho de la Constitución”, Entre Abogados, Argentina, Año VI, No. 2, 2007, p. 17.

⁴ CHÁVEZ Manuel y Julio HERNÁNDEZ., *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana*, segunda ed., México, Porrúa, 2000, p.2.

La institución de la familia es referenciada en una gran gama de leyes, como lo es desde la Constitución Política, tratados y pactos internacionales, codificaciones internacionales y nacionales.

Nuestra Carta Magna en su artículo cuarto preconiza el derecho de la familia mexicana para su constitución en cuanto al número y espaciamento de los hijos, así como la protección de la familia al señalar textualmente en el párrafo primero: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

Las iniciativas que dieron pauta, en su momento, a los enunciados citados del artículo cuarto, recogen diversos ideales consignados por documentos reconocidos tanto en el ámbito internacional como nacional y que el Estado mexicano ha adoptado, así como las propuestas generadas en diversos foros de los derechos humanos relacionados con la familia, la mujer y la niñez.

Cabe destacar que el proceso de desarrollo del artículo en comento, ha posibilitado ajustar el derecho a las crecientes demandas sociales, permitiendo acrecentar los espacios de los derechos humanos que respaldan al aseguramiento de las condiciones del bienestar de la familia y por ende de los mexicanos. Ya que como lo hemos venido manifestando en líneas anteriores, la familia, como núcleo y grupo social básico, surge de manera natural a partir de las relaciones de las parejas, generando parentescos paternos, filiales y colaterales que establecen vínculos de orden e intensidad diversos: morales, sentimentales, jurídicos, económicos y de solidaridad.

Por lo anterior, las relaciones y hechos familiares requieren la atención constitucional, para que, una vez consideradas a este nivel, las instituciones jurídicas solidifiquen, reafirmen y consoliden los deberes y obligaciones de los miembros de los grupos familiares.

Asimismo, los tribunales de la federación mexicana han referido que “...la familia es un núcleo de personas que como grupo social ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la generación”,⁵ así como que esta

⁵ Amparo directo 367/2002. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.XVI, octubre de 2002, p.1207. Reg. IUS. 17, p. 261.

se erige como base de la sociedad, al constituir un grupo social primario y fundamental, determinado por vínculos de parentesco, en cuyo seno, nacen, crecen y se educan las nuevas generaciones y la solidaridad suele manifestarse en mayor grado.

Ahora bien, nos parece que no existe una única formulación del concepto de familia, ya que ésta es una entidad real y perpetua, que ha existido en todas las épocas y que cambia constantemente, de acuerdo con las condiciones morales, políticas, sociales y económicas del momento y las costumbres, ritos y creencias de sus integrantes.

Es por ello que cada persona no puede inventar a la familia, ya que ésta no sólo es una institución jurídica a la que el hombre debe adaptarse, sino es una institución natural en la que el Estado interviene en su regulación para el bien común, sin embargo nos encontramos que no únicamente el Estado sino también la comunidad internacional reconoce a la familia como una realidad no creada o diseñada por normas emanadas de la autoridad política estatal o de organismos supraestatales, sino que el reconocimiento implica su respeto a la autonomía y libertad de desarrollo para alcanzar sus finalidades, obligando con ello al Estado a proporcionar su protección, por lo que se le da a la familia un tratamiento preferencial y privilegiado.

1.2. Las relaciones familiares entre padres e hijos

El ser humano tuvo necesidad de permanecer unido por instinto de supervivencia, y para afrontar las inclemencias de la naturaleza, de ahí que haya sido la agrupación social, un requisito para la existencia de la humanidad. De esta manera consideramos que deben haberse dado las primeras familias que poblaron la faz de la tierra en la época prehistórica.

La familia consanguínea se da en un grupo interrelacionado sexualmente, que estaba formado por los sujetos pertenecientes a una misma generación. Se prohibía en esa manera, la unión de ascendientes con descendientes. Desde un punto de vista amplio podemos decir que la familia tiene componentes individuales consistentes en personas con necesidades de salud específicas para cada una de

ellas como lo son la vivienda y el entorno físico. La familia desarrolla sus actividades cotidianas en el contexto de una vivienda y entorno que puede funcionar como elemento protector de su salud, o por el contrario pueden representarle riesgos.

La dinámica del grupo familiar se desarrolla a su interior y se traduce por las relaciones entre sus miembros, es la gran determinante de los desempeños positivos o negativos de los miembros individuales y de la familia como un todo.

La familia como una institución cambia de perfil y de estructura en su devenir histórico, pudiendo hablarse por ello, de distintos tipos de familia, la cual ha sufrido grandes cambios desde el modelo patriarcal que tuvo su origen en Roma con el *pater familiaes* hasta llegar a los nuevos modelos de familia que tenemos en la actualidad, uniones de hecho (concubinatos, uniones libres, etcétera); donde la pareja es de distinta cultura; familias sin hijos y aquéllas donde los hijos y ambos padres trabajan, "...sin soslayar la familia extensa en donde cohabitan tres generaciones, ligadas por algún tipo de parentesco y fundamentalmente bajo la dirección del padre".⁶

La Corte ha evolucionado respecto al reconocimiento de algunos otros tipos de familia. Cómo lo precisó en torno a los procesos de adopción, donde establece que en dichos procesos siempre debe tomarse en cuenta el interés superior del menor, y serán candidatas a adoptar todas las parejas que puedan brindarle cuidado y protección al menor, sin importar cuestiones de origen o sexualidad.

ADOPCIÓN. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD SE BASA EN LA IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES, DENTRO DE LA CUAL SON IRRELEVANTES EL TIPO DE FAMILIA AL QUE AQUÉL SERÁ INTEGRADO, ASÍ COMO LA ORIENTACIÓN SEXUAL O EL ESTADO CIVIL DE ÉSTOS.

El punto fundamental a considerar en una adopción es el interés superior del niño, niña o adolescente, con la intención de que éste forme o se integre en una familia en la cual reciba afecto, cuidados, educación y condiciones adecuadas para su desarrollo, derechos todos inherentes a su persona. La idoneidad de las personas para ser consideradas para adoptar debe atender únicamente a la posibilidad de brindar cuidado y protección al menor de edad, para incluirlo a una familia, y no puede atender, de manera alguna, a la pertenencia a un tipo de familia por un tipo de estado civil (soltero, casado,

⁶ GÁMEZ Perea, Claudio R. *Derecho familiar*, México, Editorial Laguna, 2007, p. 3.

en concubinato, en sociedad de convivencia), ni por cierta orientación sexual. Pertener a un estado civil en particular en modo alguno pone en riesgo, por sí mismo, el interés superior del niño, niña y adolescente, puesto que cualquier persona en lo individual y cualquier pareja del mismo o distinto sexo deben ser consideradas en igualdad de condiciones como posibles adoptantes y lo que debe ser tomado en cuenta en dicho proceso es si la persona o personas cumplen con una serie de requisitos esenciales para ser consideradas como adoptantes, es decir, si cuentan con las características, virtudes y cualidades para brindarle una familia a los menores de edad. Dentro de dichos requisitos esenciales no puede figurar el tipo de unión civil al que pertenezcan los posibles adoptantes, ni la orientación sexual de éstos, pues estas circunstancias no inciden en su idoneidad para brindar a los niños, niñas y adolescentes una familia en donde éstos se desarrollen integralmente. En ese sentido, es insostenible la interpretación -implícita o explícita- en el sentido de que la homosexualidad de los adoptantes implica una afectación al interés superior de los menores adoptados⁷.

Es evidente que el derecho recoge a uno y otro tipo de familia y cambia cuando el modelo cambia, como sucede en la actualidad con los nuevos matrimonios homosexuales, sin embargo, predomina en la actualidad la familia nuclear, el número de hijos en la conformación de sus miembros ha bajado considerablemente, propiciado por factores socioeconómicos, políticas del Estado mexicano para disminuir los índices de sobrepoblación y el hecho de que la mujer se inserte en la vida laboral.

Ahora bien, dentro del vínculo familiar emerge lo que hemos llamado desde lo jurídico: el derecho a la identidad, el cual está relacionado con las características y rasgos que le son propios al individuo, pero "que además sirven de elementos para diferenciarlo del resto, ya sea del orden físico, biológico, social o jurídico.

A través del nombre se suele relacionar a un entorno familiar con las consecuencias jurídicas que esto conlleva: el parentesco, la filiación, la maternidad, la paternidad o los alimentos"⁸.

⁷ Tesis: P./J. 8/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, página 6, Reg. digital: 2012587

⁸ LÓPEZ Marcela y Julio César KALA, "Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad", *Ciencia Jurídica*, México, Universidad de Guanajuato, Año 7, núm. 14, p. 68.

Asimismo, el nombre permite tener un vínculo con los padres y da ahí derechos de alimentos, de cuidado, de educación y fomenta el lazo afectivo. Ahora bien, existen algunos problemas que tienen que ver con esta parte del derecho a la identidad, ejemplo de ello puede ser, cuando el padre no quiere reconocer su paternidad y se niega a registrar al menor como su hijo, limitando sus derechos derivados de la filiación.

Otro caso puede suceder cuando es la madre la que no entera al padre de su paternidad o bien, no permite que lo registre como hijo para que el menor no desarrolle vínculos con el padre. También puede suceder que cuando no existe una relación adecuada entre progenitores alguno de ellos lesione la relación de los menores con el otro, ya sea de forma consiente o no, generándose la alienación parental.

Éste ejemplo suele sobrevenir en ocasiones cuando los progenitores han vivido juntos por unión libre o por matrimonio y deciden poner fin a dicha situación, caso en el que habrá que decidir entre ellos vía convenio, o bien ante autoridades competentes quién tendrá la guarda y custodia de los menores.

En el caso de las separaciones por divorcio en donde existe una distancia física que afecta la convivencia sobre todo con el progenitor que no tiene la guarda y custodia, se puede producir justo la alienación parental, circunstancia en la que pudiera estarse violentando el interés superior del niño.

En este orden de ideas, vemos como el modelo tradicional de familia ha sufrido transformaciones en los últimos años, existiendo en las últimas décadas un gran incremento de separaciones y divorcios. Derivado de lo cual, es importante garantizar el derecho fundamental de los menores a relacionarse adecuadamente tanto con su padre como con su madre manteniendo todos sus vínculos, sin condicionar el derecho del menor a la suerte de la relación de los progenitores, que, en ocasiones, son los primeros en violentar el interés superior del niño aún sin intención.

Toda vez que existe una especial relevancia en las relaciones entre progenitores e hijos especialmente después del nacimiento, pues el contacto físico que se forja a partir de estas relaciones afectuosas es determinante en el desarrollo

de los infantes, durante esta etapa, los padres y sus hijos necesitan formar vínculos emocionales trascendentes, mismos que puedan formar la base para un óptimo desarrollo psico-emocional de sus posteriores años.

1.3. Los conflictos en la familia

La familia es la unidad fundamental sobre la que está constituida la sociedad, una de sus principales funciones es la creación de un ambiente armónico de funcionamiento, que brinde apoyo y seguridad a sus integrantes que "...genere espacio donde se desarrollen los afectos más grandes, y proporcione , ayuda mutua y solidaridad,"⁹ ciertamente esto es el mundo del deber ser, pero cuando ello se actualiza en el caso concreto, la persona se puede encontrar, con circunstancias adversas a la naturaleza propia de la familia, en donde los vínculos afectivos, no corresponden con lazos armónicos y, se configuran situaciones de desigualdad, de poder entre los miembros de una familia, fomenta desavenencias, desamor, culpas, incomunicación, frustración y violencia por lo que se debe de referir a ellos como actos de violencia intrafamiliar.

La familia tiene como funciones básicas la socialización, ser portadora de cuidado y afecto, así como la reproducción de sus miembros y crearles un estatus. Dentro de las tareas, cambios, desafíos a los que enfrenta la familia en su ciclo vital encontramos también conflictos.

El primero de ellos a los que enfrenta la pareja es el proceso de adaptación, luego, viene la etapa de integrar nuevos miembros a la familia en donde se hace necesario negociar roles parentales, restringir la vida social, reordenar las relaciones con la generación de los abuelos. Aquí los problemas que suelen presentarse en un primer momento es el proceso de adaptación de la pareja, después en la etapa de ser padres, pueden presentarse problemas como el llanto del niño, problemas con su alimentación, tensión marital, infidelidad, síntomas varios, sobre todo en la madre como la depresión postparto, entre otros.

⁹ BAQUEIRO Edgar y Rosalía BUENROSTRO. *Derecho de familia*, México, Oxford, 2010, p. 211.

Ya en la etapa de crecimiento de los hijos suelen presentarse en la crianza inconveniente como niños fuera de control, enuresis, encopresis, celos entre hermanos que deben atenderse para que no escalen en conflictos mayores.

Ahora bien, creemos que en todas estas etapas del ciclo de vida de la familia suelen presentarse diferentes tipos de conflictos, los cuales algunos de ellos son contingentes y se solucionan de una manera adecuada; sin embargo, una gran cantidad de estos problemas que se han planteado surgen en las diferentes etapas y lejos de solucionarse escalan en deterioro de las relaciones familiares aunado a ellos los estereotipos en los problema de violencia y los aspectos socioculturales.

Ante las situaciones en las que se generan obstaculizaciones por parte de uno de los progenitores a las relaciones de sus hijos e hijas con el otro progenitor surge el llamado síndrome de alienación parental, una de las formas más sutiles de maltrato infantil, la cual produce un grave daño en el bienestar emocional y en el desarrollo de los menores que lo sufren.

Uno de los grandes problemas en el síndrome de alienación parental, es que, en ocasiones, "se manifiesta como una agresión insospechada, en la que es posible que el agresor sea consciente o no de ello, pero hace daño¹⁰. Por ello, es importante generar primero normas jurídicas que inhiban o minimicen el síndrome de alienación parental, y segundo, crear políticas públicas encaminadas a concientizar de las violaciones con tal conducta al interés superior del niño, al derecho a la identidad del menor y su afectación en el desarrollo de la personalidad.

Se debe garantizar el interés superior del menor, en concordancia con el artículo 4° constitucional, que entre otras cuestiones establece el derecho del niño de "preservar su identidad", incluidos su nacionalidad, nombre y relaciones familiares. Luego entonces, es imperativo es proteger a los niños de toda injerencia que pudiera tener como finalidad sustraerlos ilegítimamente de la familia o de su identidad filiatoria.

¹⁰ BAUTISTA Castelblanco, Carmen Lucy, "Síndrome de alienación parental: efectos psicológicos", *Tesis psicológica*, Núm. 2, 2007, p. 67.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DIVORCIO Y LA FIJACIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA

2.1. Concepto y propósito de la guarda y custodia

La palabra “custodiar” proviene del latín “custodia”, la cual proviene de custos, custodis (guardián). Por guarda y custodia de los hijos se entiende en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a los hijos, con el esmero propio de un buen padre o una buena madre.

La guarda y custodia en gran parte incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela, pero cabe distinguirla específicamente de la atención que también puede prestar un tercero autorizado debidamente para suplir la vigilancia que comprende al ejercicio normal de aquellas funciones.

Aquí cabe precisar cómo se configura la figura de la patria potestad, la patria potestad es una función que se le encomienda a los padres en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, es decir, no se configura como un derecho de los padres sino en beneficio de los menores hijos, como así lo establece la siguiente jurisprudencia:

PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS.

La configuración actual de las relaciones paterno-filiales ha sido fruto de una importante evolución jurídica. Con la inclusión en nuestra Constitución del interés superior del menor, los órganos judiciales deben abandonar la vieja concepción de la patria potestad como poder omnímodo del padre sobre los hijos. Hoy en día, la patria potestad no se configura como un derecho del padre, sino como una función que se le encomienda a los padres en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución en consideración prioritaria del interés del menor. Es por ello que abordar en nuestros días el estudio jurídico de las relaciones paterno-filiales y en particular de la patria potestad, requiere que los órganos jurisdiccionales partan de dos ideas fundamentales, como son la

protección del hijo menor y su plena subjetividad jurídica. En efecto, por un lado, el menor de edad está necesitado de especial protección habida cuenta el estado de desarrollo y formación en el que se encuentra inmerso durante esta etapa vital. La protección integral del menor constituye un mandato constitucional que se impone a los padres y a los poderes públicos. Al mismo tiempo, no es posible dejar de considerar que el menor es persona y, como tal, titular de derechos, estando dotado además de una capacidad progresiva para ejercerlos en función de su nivel de madurez¹¹.

La existencia de la guarda material de la persona del hijo, tiene implicaciones que conllevan la posesión, la vigilancia, protección y el cuidado del menor y constituye una prerrogativa de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión es un medio indiscutible para protegerlo y ayudarlo en su desarrollo físico y espiritual y procurarlo en satisfacer adecuadamente sus necesidades propias de cada edad.

Debe observarse que en los Códigos quedan vestigios de que se daba a la figura de la guarda de los hijos, un carácter similar al de depósito o secuestro judicial, para fijar una nueva situación de ellos dentro del proceso correspondiente; pero, ante las críticas de que representaba una aberración considerar a la persona como cosa, por extensión, se llama además “guardador de hijos” a la condición de hecho en que se coloca aquella persona que acoge bajo su dependencia habitual a un menor sin que hubiese quien ejerza la patria potestad sobre él y no tenga tutor.

En algunas legislaciones, como la chilena, se reglamenta con el nombre de guarda a la tutela, y entre otras, se le confunde con la llamada tutela de hecho o falsa, en la que el tutor careciendo de título, actúa como tal, a la que el Código Civil colombiano le atribuye obligaciones y responsabilidades del verdadero tutor, sin perjuicio de no comprometer al pupilo, sino en cuanto sus actos reporten ventaja.

¹¹ Tesis: 1a./J. 42/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, página 563, Reg. digital: 2009451

2.2. Antecedentes Históricos

La custodia es un emblema derivado de la filiación y la afinidad, y se encuentra regulada dentro de la establecida patria potestad.

Este emblema ha tenido una transformación considerable en los vínculos familiares y en el propio derecho con el paso de las épocas.

En el derecho romano, al progenitor se le concedía la revisión y poder sobre todos los individuos de su linaje, inclusive el mérito de arrebatar la vida a sus vástagos, cuando éstos incurrían en desaciertos. Después, atendiendo a casos concretos, se comenzó a tener la facultad de juzgar a los procreadores, figura masculina, por infanticidio.

Este mando absoluto ha ido aminorando aunque sin desaparecer, pues aún proseguimos viviendo en comunidades ampliamente patriarcales.

Sin embargo, se ha transformado al grado de que, en casos en que el padre incurra en demasía en el derecho a castigar a los descendientes, se puede juzgar al procreador o a los procreadores tiránicos.

Los testimonios usados durante considerables épocas para conservar la protección y caución de los descendientes por los progenitores consistieron en aseverar que para instruir y sustentar a sus proles en preceptos y sometimiento, era necesario dejarlos bajo la custodia legal del progenitor hasta la mayoría de edad, ya que a la progenitora no le era reconocida autoridad alguna sobre los vástagos, y sólo debía ser objeto de veneración y decoro, es decir una representación ornamental.

La norma era que el patriarca tenía derecho a la custodia de los descendientes, salvo que se comprobara que era incompetente de tenerla, y que su deber era alimentar, resguardar y disciplinar a sus vástagos, lo cual, quedó así instituido por la ley.

Gradualmente se presentó un proceso de flexibilidad y/o en la práctica de la ley, que reconocía discurrir a la madre como capaz de educar a sus proles, cuando éstos fueran menores de siete años.

Un ejemplo de dicho cambio, es el que analiza la tesis jurisprudencial de rubro “GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL”. Donde se estudia la constitucionalidad del artículo 4228, fracción II, inciso a, el cual señala que en el tema de la guarda y custodia de los hijos, cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, aquellos que conserven la patria potestad deben ponerse de acuerdo sobre quién ejercerá la guarda y custodia; si no logran llegar a un acuerdo, los menores de 10 años se quedarán bajo el cuidado de su madre, siempre que esto no les sea perjudicial. El anterior criterio atiende a una búsqueda de lo que más beneficie al menor, pues de acuerdo a un sinnúmero de estudios internacionales, el cuidado materno es esencial en los primeros años de vida de un menor y su desarrollo.

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL.

El artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, establece que: "Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones: I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor. II. Si no llegan a ningún acuerdo: a) Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor.". 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. En primer término, es necesario señalar que al momento de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es

común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales y, cabría agregar, este criterio proteccionista debe reflejarse también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos. En esta lógica, el legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor; sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, per se, la persona más preparada para tal tarea. Es innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre. Y no sólo nos referimos a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino, y como lo han desarrollado diversos especialistas en la materia a nivel internacional, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro. En esta lógica, la determinación de la guarda y custodia a favor de la mujer está basada en la preservación del interés superior del menor, el cual, como ya señalamos, resulta el criterio proteccionista al que se debe acudir. Esta idea, además, responde a un compromiso internacional del Estado mexicano contenido en el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ahora bien, como también señalan los expertos, pasado cierto periodo de tiempo, se opera un progresivo proceso de individuación del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores. El menor necesita tanto de su madre como de su padre, aunque de modo diferente, en función de la edad; ambos progenitores deben hacer posible y propiciar la presencia efectiva de esas funciones simbólicas en el proceso de maduración personal de los hijos¹².

Después de 1900, es cuando progresivamente se comienza a mostrar un cambio en la legislación y en los criterios de su aplicación, que residió en reconocer y regular la custodia de los hijos con distinción hacia las madres, con la misma fuerza que durante tantos años se confirió a los padres.

Lo anterior no es excepción en nuestros códigos civiles a pesar de que no se regula aspecto alguno, en particular, respecto a la guarda y custodia de los hijos,

¹² Tesis: 1a./J. 52/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 215, Reg. digital: 2006790

sólo se instituyen normas relativas a la patria potestad, de cuyos atributos son la guarda y custodia.

En este sentido las disposiciones consideran que la patria potestad concierne ejercerla a los progenitores, mientras estos sobrevivan durante la minoría de edad de los hijos o en su caso al progenitor supérstite; sin embargo, aun cuando se reconoce su ejercicio para ambos, existe un artículo que claramente en orden de prelación coloca en primer lugar al padre y en segundo a la madre, como queda de manifiesto en los códigos de 1870 y 1884. Una excepción a lo anterior se encuentra en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que constituye en el orden de prelación, en igualdad de condiciones o en el mismo nivel para ejercer la patria potestad al padre y a la madre, y establece jerarquía entre el abuelo y abuela paternos, en primer lugar, y entre abuelo y abuela maternos, en segundo lugar.

Incapaces por razones de edad eran el infans literalmente, alguien que todavía no sabe hablar correctamente, hasta la edad de siete años; el impúber, entre los siete años y el comienzo de la capacidad sexual, es decir, hasta la edad de doce años para muchachas y catorce para muchachos; y, finalmente, el minor viginti quinque annis, entre el comienzo de la pubertad y los veinticinco años.

Infantes e impúberes tenían un tutor que se designaba por testamento o por vía legítima. En este último caso se escogía al próximo agnado (o al próximo cognado, desde la intervención de Justiniano, conforme a la política general de este emperador de tener en cuenta el parentesco, tanto por vía masculina como femenina); o bien, a falta de las posibilidades anteriores, por nombramiento oficial, que hacía el pretor o los tribunos luego, desde Claudio, el cónsul y, finalmente, desde Marco Aurelio, pretor especial.

Justiniano mencionó a este respecto una distinción entre pupilos ricos y pobres, formando magistrados más importantes para otorgar la tutela dativa en caso de los primeros.

Este método de designar a los tutores se ha conservado en el derecho actual con la misma prelación establecida por Roma entre las tres formas. Podía haber

también pluralidad de tutores, a fin de repartir la tarea, según la clase de determinados negocios.

En el caso del infans, el tutor debía realizar los actos jurídicos en los que el pupilo tenía interés, mediante la *gestio negotiorum*. En tal caso, las consecuencias de los actos respectivos repercutían en el patrimonio del tutor, ya que éste no tenía la representación directa del pupilo como en el derecho moderno. El tutor romano intervenía en los negocios del pupilo a nombre propio, aunque por cuenta del pupilo, y en el momento de la rendición de las cuentas de la tutela, cuando esta terminaba, tenía el tutor que hacer los traspasos necesarios al patrimonio del expupilo, y recibir los traspasos correspondientes a gastos hechos y deudas contraídas por él en el ejercicio de la *gestio negotiorum*. Este sistema se califica como de representación indirecta.

Tratándose de un impúber, el tutor podía escoger entre la *gestio negotiorum* y la *auctoriatis interpositivo*. En este último caso, el acto en cuestión se realizaba en presencia tanto del tutor como del pupilo. Este actuaba personalmente, y el acto producía sus efectos directamente en su propio patrimonio. Esta posibilidad de la *interpositio auctoriatis* en caso de pupilos de una edad que ya permite cierto juicio propio, es un gran acierto; permite preparar paulatinamente al pupilo para su futura gestión independiente. El derecho moderno persigue a un fin semejante cuando exige que el pupilo mayor de dieciséis años sea consultado para los actos importantes relacionados con la administración de su patrimonio.

Además, el impúber podía celebrar, sin *auctoriatis interpositio*, todos los negocios que mejoraran su posición; por ejemplo, aceptar un legado o una donación no onerosa. En cuanto a negocios bilaterales que imponían deberes al impúber, pero que también le otorgaban derechos. Éstos eran “*claudicantes*” b

La tutela de infantes o impúberes termina con la muerte, la pérdida de libertad o de la ciudadanía, la *adrogatio* o el matrimonio *cum manu*, por parte de la persona incapaz; y, además, se extinguía cuando está llegaba a la pubertad, se cambiaba al tutor en caso de muerte o *capitis deminutio* de este, y también cuando presentaba una excusa válida o se comprobaba que había cometido *crimen suspecti tutoris*.

2.3. Los menores y el Divorcio

El divorcio entendido como la disolución del vínculo matrimonial, ha tenido también una importante evolución a nivel histórico, desde aquellas sociedades que no lo permitían por razones religiosas y/o moralistas hasta las formas en la cuales puede efectuarse.

Cabe precisar que el divorcio hoy en día en el sistema jurídico mexicano no necesariamente es un proceso ante un tribunal, puede darse por distintas vías, administrativo o notarial, por lo que finalmente podemos decir que es un conjunto de actuaciones con el propósito de disolver el matrimonio, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo, o unirse en concubinato con otra persona.

En México ha sido en el ámbito local en donde se ha desarrollado lo que corresponde al proceso de divorcio, así cada entidad ha marcado sus formas permitidas, tipos y procedimientos.

En la mayoría de los juicios contenciosos de divorcio, los hijos constituyen la manzana de la discordia pues en ambos progenitores quieren obtener la guarda y custodia de sus hijos haciendo lo imposible para que el padre o la madre no la obtengan, dificultando un posible acuerdo pues cada bando saca a relucir lo peor de la otra parte.

Los hijos se convierten en una especie de botín por la cual luchar y entre menos edad tengan son más manipulables por los padres, con el objeto de que menosprecien al otro progenitor, a lo que comúnmente se le ha llamado alienación parental.

Por otra parte, el sistema judicial se enfrenta a una problemática jurídica de difícil resolución pues deben tener en cuenta los derechos de los menores y su particular problemática familiar, afortunadamente en algunos Estados de la República ya se cuentan con juzgados de oralidad familiar donde los jueces pueden observar de primera mano las actitudes, las pretensiones y los hechos que presentan las partes para poder obtener una resolución más justa.

En otros Estados menos afortunados continua el sistema tradicional escrito, como es el caso de Querétaro donde los jueces tienen que citar a los menores a una audiencia para conocer su opinión acerca de la situación en la que están viviendo, haciendo más lento y tedioso el juicio de divorcio.

2.4. Regulación de la figura de la Guarda y Custodia en relación con el Divorcio

Cuando en el matrimonio se han procreado hijos y se desea obtener el divorcio por la vía de jurisdicción voluntaria, es necesario prever la figura de la guarda y custodia, la cual se refiere a con cuál de los progenitores estará viviendo el menor y conviviendo con él o ella de forma permanente, es decir es el progenitor que se encargará de primera mano de atender y satisfacer a los hijos en sus necesidades de alimentación, estudios, salud y esparcimiento. En los casos de divorcio voluntario son las partes las que en un convenio fijan quien de los progenitores tendrá una custodia monoparental o la custodia compartida, en el Código Civil del Estado de Querétaro encontramos el Artículo 252, el cual menciona que: Los consortes que no puedan divorciarse de manera administrativa podrán hacerlo voluntariamente, ocurriendo al juez competente en los términos del Título Decimo Segundo del Código de Procedimientos Civiles del Estado, en cuyo caso están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos menores del matrimonio o incapaces, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien debe darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

Es así, que este artículo exige que los progenitores lleguen a un acuerdo o convenio sobre la guarda y custodia, pues de otra manera tendrán que acudir a la vía contenciosa para que sea el juez quien haga tal determinación.

Los padres son los principales agentes que deben idear estrategias para una separación tranquila, amorosa, cuidadosa, proteccionista para los menores, pero cuando éstos no lo hacen o no están en aptitud de desarrollarla de la mejor forma es el Estado quien tiene la obligación de garantizar a los menores se les produzca la menor afectación posible en el proceso y después del divorcio. La gran interrogante nos parece emerge en lo siguiente: ¿Cómo afecta el divorcio al vínculo entre los menores y sus padres? y consecuentemente, ¿En los marcos legales y procesales en México se garantizan el interés superior del menor?

Independientemente de la causa de la separación o el divorcio, nos parece es un hecho sólo entre la pareja, pues deteriora su relación conyugal, hecho que no debería desdoblarse a los hijos afectando la relación con alguno de los padres, salvo que el divorcio se de en un marco de violencia intrafamiliar en donde los menores se encuentran en riesgo ante la convivencia con alguno de sus padres. Caso en el cual el Estado tiene la obligación de garantizar la integridad de la salud física y emocional de los menores, y si es necesario los separará de sus padres o de alguno de ellos.

La custodia compartida se produce de manera natural cuando los menores viven con sus dos progenitores estando éstos vinculados por unión libre o matrimonio. En cambio, cuando existe una separación entre los padres puede alterarse el esquema de custodia. En ambos casos existen obligaciones y deberes de los padres. En las relaciones entre padres e hijos generalmente podemos observar las siguientes formas: a) autoridad paterna, b) patria potestad, c) derecho de alimentos, y d) derechos hereditarios. Se ha definido a la autoridad paterna como "el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral,

existente entre padres e hijos¹³. Dependiendo de la actividad cultural, la autoridad paterna es más o menos fuerte.

Cómo hemos enfatizado ante un divorcio se modifican los esquemas de custodia y los menores se quedan con alguno de los padres, en México generalmente es con la mamá, pero no es así en todos los casos. Para determinar con quién vivirán se establece un convenio entre padres o bien se determina vía proceso judicial con quién se quedarán de acuerdo con el interés superior del menor y las posibilidades y limitaciones de los padres.

Se puede advertir que el divorcio puede llegar a generar en los menores algunos trastornos como lo siguientes: "ansiedad, tristeza, irritabilidad, angustia, así como dificultades en la atención, bajo índice académico, dificultades en las relaciones con los coetáneos y adultos, intranquilidad, agresividad, pérdida de apetito y dificultades en el sueño, así como cefaleas, náuseas y vómitos recurrentes"¹⁴.

Estos efectos no se producen ni en todos los menores, ni todos a la vez, ni en el mismo grado, pero suelen acompañarlos en los procesos de separación de sus padres tanto si la separación se realiza de la mejor manera como si es complicada y conflictiva, circunstancias en las que generalmente esto agrava.

El origen de los efectos es múltiple, pero entre más se conflictúa la separación es más grave la situación para los menores, y no es que la solución a su protección sea la no separación o prohibición del divorcio, pues ello puede aún provocar mayores efectos negativos, si creemos lo es, que aprendamos a transitar por tal proceso de la manera menos lesiva posible para ellos.

Aun cuando los progenitores de un menor se separen, puedan ejercer indistintamente la patria potestad para representarlo en querrela, aun cuando no exista un acuerdo previo de voluntades en el sentido de sobre quién recaerá el ejercicio de dicha facultad o resolución judicial que así lo determine.

¹³ RAMOS Pazos, René. "Derechos y obligaciones entre los padres e hijos de familia", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XX, Chile, 1999, p. 23.

¹⁴ NUÑEZ Mederos, Carmen Susana *et. al.* "Consecuencias del divorcio- separación en niños de edad escolar y actitudes asumidas por los padres", *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 2017, número 33, p. 297. <http://scielo.sld.cu/pdf/mgi/v33n3/mgi03317.pdf>

PATRIA POTESTAD. AUN CUANDO LOS PROGENITORES DE UN MENOR SE SEPAREN, PUEDEN EJERCERLA INDISTINTAMENTE PARA REPRESENTARLO EN QUERRELLA SIN NECESIDAD DE QUE EXISTA ACUERDO PREVIO DE VOLUNTADES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA VIGENTE HASTA EL 1o. DE ENERO DE 2011).

La interpretación conjunta de los artículos 546, 547, 582, 584 del entonces vigente Código Civil del Estado de Sonora, y del artículo 116 del Código de Procedimientos Penales de dicha entidad federativa, debe ser en el sentido de que aun cuando los progenitores de un menor se separen, puedan ejercer indistintamente la patria potestad para representarlo en querrela, aun cuando no exista un acuerdo previo de voluntades en el sentido de sobre quién recaerá el ejercicio de dicha facultad o resolución judicial que así lo determine. Lo anterior, debido a que la pérdida de la patria potestad es una sanción a partir de la acreditación de las condiciones que el legislador contemple necesarias y por tanto, la sola separación de los padres del menor no puede generarle el perjuicio de quedar imposibilitado para ser representado y defender sus derechos ante un procedimiento que pudiera generarle consecuencias de desventaja o afectación en su interés superior¹⁵.

Justo de las obligaciones alimentistas, generalmente derivan los problemas que afectan a las relaciones entre padres e hijos, pues es frecuente que entre las partes no estén de acuerdo en los montos que habrá de otorgarse a quien tiene bajo su custodia a los menores para emplearlos en las necesidades de éstos.

Asimismo, que quien tiene la obligación de otorgarlos no los otorga o no lo hace en la periodicidad o monto acordado y el otro padre por una especie de castigo no permite que se dé la relación con los menores hasta que no se cumpla con lo pactado en términos monetarios. Incluso en ocasiones se restringe el tiempo de reunión con los menores con el propósito de que quien otorga alimentos incremente el monto de éstos.

El aumento del monto cuando en un juicio un menor presente una solicitud de incremento de la pensión alimenticia, lo determina el juez una vez recabadas las pruebas para conocer la verdad, este principio oficiosos es orientador de la actividad

¹⁵ Tesis: 1a./J. 33/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tomo XXXIV, Julio de 2011, página 214, Reg. digital: 161530

interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse al menor en materia de alimentos, como lo señala la tesis de rubro:

PENSIÓN ALIMENTICIA. PARA INCREMENTARLA CUANDO EL ACTOR MATERIAL Y ACREEDOR EN EL JUICIO RELATIVO SEA UN MENOR DE EDAD, EL JUEZ PUEDE RECABAR OFICIOSAMENTE LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA RESOLVER LA CUESTIÓN PLANTEADA.

La solicitud de incrementar la pensión alimenticia en un juicio en el que un menor figura como actor material y acreedor, revela que su derecho a percibir alimentos no está jurídicamente desamparado, pues existe una determinación judicial que ha fijado una pensión alimenticia en su favor; sin embargo, ello no puede interpretarse como una condición que releve al juzgador de atender el interés superior de aquél, ya que subsiste como principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse al menor en materia de alimentos (como las aplicables a la solicitud de incremento de la pensión respectiva). De ahí que el Juez cuente con un amplio abanico de facultades constitucionales para recabar de oficio las pruebas necesarias para conocer la verdad de los hechos involucrados, a fin de resolver la cuestión planteada, siempre de la manera que resulte de mayor cobertura para los derechos alimentarios del menor¹⁶.

Es importante aclarar de dónde nace la obligación de alimentos. La obligación de dar alimentos surge como consecuencia de la patria potestad, esto es en razón de que los padres son quienes, en principio, deben procurar el bienestar general del menor brindándole protección y cuidado, cómo así lo explica la jurisprudencia de rubro “ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS DENTRO DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES SURGE DE LA PATRIA POTESTAD” nace de la obligación de procurar el mayor nivel de protección, educación y formación integral:

ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS DENTRO DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES SURGE DE LA PATRIA POTESTAD.

Esta Primera Sala advierte que la obligación alimentaria que tienen los progenitores en relación con sus hijos, surge como consecuencia de la patria potestad, esto es, como resultado de un mandato constitucional expreso que

¹⁶ Tesis: 1a./J. 46/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, página 395, Reg. digital: 2004039

les vincula a procurar el mayor nivel de protección, educación y formación integral, siempre en el marco del principio del interés superior del menor y con la característica de que recae en cualquiera de los padres, es decir, es una obligación compartida sin distinción de género. Además, si bien la obligación de alimentos en este supuesto surge y se desarrolla en el marco de la patria potestad, ésta no termina cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, sino que se mantiene mientras éstos finalizan sus estudios y encuentran un trabajo que les permita independizarse económicamente, siempre y cuando satisfagan los requisitos establecidos tanto en la ley como en la jurisprudencia de este alto tribunal¹⁷.

¹⁷ Tesis: 1a./J. 42/2016 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, página 288, Reg. digital: 2012503

CAPÍTULO TERCERO
EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DIVORCIO,
EFFECTOS DERIVADOS EN LA GUARDA Y CUSTODIA

3.1. El interés superior del menor en los Tratados

Los tratados han venido a jugar un rol de suma importancia a favor de los niños y adolescentes, sin duda alguna, podemos mencionar que el Tratado Internacional más importante sobre los derechos de los niños es “La Convención sobre los Derechos del Niño” (1989), pues para el tema que nos ocupa los numerales más importantes son en específico los artículos tres y nueve, los cuales estatuyen, por una parte el interés superior del menor y por la otra el derecho de permanecer en su núcleo familiar, a continuación los mencionamos:

El Artículo tres, establece:

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

Como observamos este artículo impone la obligación a todos los organismos estatales y privados la obligación de atender al interés superior del niño en cualquier medida que adopten.

Por su parte el artículo nueve de la Convención sobre los Derechos del Niño, menciona lo siguiente:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos

particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetaran el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

La importancia del artículo nueve radica en el papel fundamental que se otorga al Estado como garante de mantener al niño o adolescente en su núcleo familiar y de solo separarlo en casos de extrema necesidad o porque así convenga a sus necesidades.

"La expresión 'interés superior del niño'... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"¹⁸.

Asimismo no dejamos de destacar la importancia que tiene la Observación General Número 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, misma que fue emitida por el Comité de los Derechos del Niño que es un organismo de las Naciones Unidas que tiene la función de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. A continuación iremos destacando los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño y por otra parte, las garantías o salvaguardas procesales, que se deben observar en todo juicio en los que se involucren derechos de los menores.

¹⁸ Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, página 334, Reg. digital: 159897

Dicho Comité considera importante elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que puede formar parte del examen del interés superior del niño que lleve a término cualquier autoridad que tenga ante sí ese cometido. El carácter no limitante de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a estos elementos y tomar en cuenta otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o adolescente.

Sobre el fundamento de esas consideraciones preliminares, el Comité estima que los elementos que deben tomarse en cuenta al evaluar y precisar el interés superior del niño, son:

a) La opinión del niño

En su artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. La decisión debe tener en cuenta el punto de vista del niño de acuerdo con su edad y madurez. En el Estado de Querétaro, en la mayoría de los procesos judiciales de carácter familiar los jueces no llaman a los niños y a los adolescentes a expresar su opinión en los asuntos que les afectan, como tampoco toman en cuenta su edad y madurez, por eso es trascendente que los jueces y magistrados puedan oír su parecer de viva voz y escuchar su problemática familiar para tomar las decisiones más acertadas.

b) La identidad del niño

La identidad del niño engloba el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. El derecho del niño a conservar su identidad está garantizado y debe ser valorado y tenido en cuenta al examinar el interés superior del menor. En Querétaro rara vez los juzgadores valoran en forma integral la identidad del niño pues no indagan lo suficiente sobre su identidad, lo que viene a trastocar muchas veces su personalidad con decisiones que los afectan en su desarrollo como personas.

c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones

Es importante llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del menor en el marco de una posible separación del niño y sus padres, recordando que la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus habitantes, en particular de los menores. El derecho del niño a la vida familiar está protegido, la prevención de su separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño. Muchas veces son los mismos padres o progenitores los que impiden o dificultan que su hijo mantenga y preserve sus relaciones con el otro progenitor pues toman al niño como instrumento de batalla, de ahí que los juzgadores deben velar y ser más estrictos en el cumplimiento de sus derechos de visitas y convivencias con sus padres o su familia ampliada.

A pesar de que, al perder la patria potestad se tiene como consecuencia la pérdida de derechos relativos a la representación del menor y otros diversos aspectos, el menor aún conserva el derecho de convivir con su progenitor.

PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO CONLLEVA INDEFECTIBLEMENTE IMPEDIR QUE EL MENOR EJERZA EL DERECHO DE CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES.

Una de las consecuencias de la pérdida de la patria potestad es que el progenitor condenado no tenga derechos respecto de sus hijos, es decir, la privación de todo privilegio relativo a exigir la obediencia y el respeto de los menores, la facultad de llevar su representación legal, la administración de sus bienes y decidir, participar y opinar sobre asuntos inherentes a su educación, conservación, asistencia, formación y demás relativos a los aspectos no patrimoniales de quien ejerce la patria potestad. Sin embargo, independientemente de las consecuencias apuntadas -que se relacionan directamente con los derechos que otorga al progenitor el ejercicio de la patria potestad-, de ello no se aprecia que su pérdida conlleve indefectiblemente que deba impedirse al menor ejercer el derecho de convivencia con sus progenitores en tanto que, por un lado, ese derecho no es exclusivo de los padres, sino también de los hijos y, por el otro, no todas las causales de pérdida de la patria potestad son de la misma gravedad. En ese orden de ideas resulta indispensable atender al interés superior del menor, para lo cual deben propiciarse las condiciones que le permitan un adecuado desarrollo psicológico y emocional, que en la mayoría de los casos implica la convivencia con ambos progenitores, independientemente de que ejerzan o no la patria potestad sobre aquél; de ahí que el juez de lo familiar

habrá de atender a la gravedad de la causal que originó la pérdida de la patria potestad para determinar si la convivencia pudiera importar algún riesgo para la seguridad o desarrollo adecuado del menor, en el entendido de que si determina dicha pérdida pero no del derecho de convivencia, ello obedecerá a que subsiste el derecho del menor a obtener un desarrollo psico-emocional adecuado y a que las condiciones particulares así lo permiten, mas no porque el progenitor condenado pueda exigir el derecho de convivencia¹⁹.

Un ejemplo de la importancia del mantenimiento de las relaciones y el entorno familiar, respecto a la restitución inmediata del menor en casos de sustracción internacional, la siguiente jurisprudencia interpreta que la causal de excepción considera en el artículo 12 del Convenio de la Haya sobre si el menor ha estado por un periodo largo de tiempo con el progenitor sustractor, se debe tomar en cuenta las consideraciones necesarias para no causar un perjuicio, otra vez, al menor al restituirlo de forma inmediata; en ese sentido no legaliza un conducta irregular pero enfatiza la necesidad de determinar que resulta más benéfico al menor cuando ha pasado más de un año.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PARA QUE OPERE LA CAUSAL DE EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO DE LA HAYA ES INDISPENSABLE QUE HAYA TRANSCURRIDO MÁS DE UN AÑO ENTRE LA SUSTRACCIÓN Y LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN.

Esta Primera Sala advierte que el artículo 12 del Convenio de La Haya es una de las piezas fundamentales de dicho instrumento internacional, pues en el mismo se contienen las circunstancias que deben presentarse para determinar en última instancia la restitución inmediata del menor. En este sentido, el mencionado artículo distingue dos hipótesis para la procedencia de la excepción relativa a la integración a un nuevo ambiente: la primera, relativa a que la solicitud de restitución hubiera sido presentada dentro del año siguiente contado a partir de la sustracción; y la segunda, que hubiera sido presentada después de dicho periodo. El establecimiento del mencionado plazo de un año constituye una abstracción que atiende a las dificultades que pueden encontrarse para localizar al menor. Así, la solución finalmente adoptada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, amplía la ejecución de su objetivo primario -la restitución del menor- a un periodo indefinido, pues en cualquier tiempo se deberá restituir al menor, con la condición de que si ha pasado más de un año dicha restitución ya no será inmediata, sino que estará sujeta a un examen de ponderación para

¹⁹ Tesis: 1a./J. 97/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tomo XXXI, Enero de 2010, página 176, Reg. digital: 165495

determinar la adaptación del menor a su nuevo ambiente. Lo anterior, pues el ideal del Convenio de La Haya es evitar las dilaciones indebidas, las cuales resultan sumamente perjudiciales para el menor involucrado, mediante un mandato de restitución inmediata. Sin embargo, en atención al propio principio de interés superior del menor, los Estados contratantes reconocieron la posibilidad de que si el menor se encuentra durante un largo periodo con el progenitor sustractor -a consideración de la Conferencia de La Haya más de un año-, se deberá determinar qué resulta más benéfico para el menor y evitar que sufra una nueva quiebra en su ambiente familiar que pueda significar un peligro para su correcto desarrollo psicológico. No obstante lo anteriormente expuesto, esta Primera Sala considera que el mero hecho de que las dilaciones en el procedimiento de restitución provoquen su retraso, por un plazo mayor a un año, no permite a las autoridades del Estado receptor considerar la integración del mismo como una causa para negar la restitución. Ello es así, pues son muchos los casos en los que la actividad procesal de las partes tiene por finalidad justamente la dilación del procedimiento, a fin de poder argumentar la integración del menor; o en los que el sustractor permanece oculto con la finalidad de que transcurra el plazo de un año para legalizar su actuación irregular. Por otra parte, esta Primera Sala observa que los informes explicativos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado señalan que la intención de los Estados contratantes fue que dicho plazo se contara no hasta que la autoridad judicial o administrativa correspondiente recibiera la solicitud, sino desde el momento mismo de la presentación de la demanda. Lo anterior es así, en tanto que el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio²⁰.

En ese sentido, los Estados parte del Convenio de la Haya reconocen la posibilidad de que si el menor se encuentra durante un largo periodo con el progenitor sustractor -a consideración de la Conferencia de La Haya más de un año-, se deberá determinar qué resulta más benéfico para el menor y evitar que sufra una nueva quiebra en su ambiente familiar que pueda significar un peligro para su correcto desarrollo psicológico.

d) Cuidado, protección y seguridad del niño

Al examinar y precisar el interés superior de un niño, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Los conceptos de "protección" y "cuidado" también

²⁰ Tesis: 1a./J. 7/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 52, Marzo de 2018, Tomo I, página 858, Reg. digital: 2016311

pueden interpretarse en un sentido amplio en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño. Si bien los padres o custodios de los menores deben preservarlo de cualquier peligro, también es obligación de los juzgadores investigar los hechos relatados por las partes, pues muchas veces se inventan sucesos para impedir las convivencias con supuestos abusos físicos o sexuales con él solo objeto de privar al progenitor de sus convivencias alegando un riesgo para el infante, de ahí que la protección y cuidado de los menores deben ser investigados para descartar posibles hechos falsos o en su caso para otorgarle al menor la protección más amplia.

e) Situación de vulnerabilidad

Deben tenerse en consideración son las situaciones de desprotección del niño, como tener alguna discapacidad física o mental, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de abuso físico o mental, niños de la calle, etc. Sin embargo para los juzgadores del Estado de Querétaro, normalmente las consideraciones de vulnerabilidad pasan desapercibidas por lo que es necesario hacer valer estas posibles situaciones.

f) El derecho del niño a la salud

El derecho de los menores a la salud y su estado de salud son sustanciales para examinar el interés superior de los menores. Sin embargo, si hay más de una oportunidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez. En este sentido, se le deben proporcionar al menor la información adecuada y apropiada para que comprenda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento informado. No solo es importante la salud física, sino también la salud mental que en estas etapas de la vida es importante darle al niño las herramientas para que crezca como un

adulto sano. Este aspecto es importante a tener en cuenta en las decisiones judiciales.

g) El derecho del niño a la educación

El paso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redundan en el interés superior del niño. Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación. Este aspecto debe ponderarse para que los padres tomen responsabilidad de la educación de sus hijos por lo que el juzgador debe estar pendiente de este aspecto normalmente olvidado en las resoluciones.

Es por ello, que se toma un rol activo en la protección máxima de las infancias y adolescencias. Se han hecho diversas reformas educativas consistentes en la implementación del Sistema de evaluación obligatoria para el ingreso, promoción y permanencia en el servicio del personal docente tutela el interés superior del menor en la medida en la que garantiza el acceso a una educación de calidad. Donde el Estado pondera entre la estabilidad en el empleo y el derecho de los menores a recibir una educación de calidad, como lo señala la siguiente tesis:

SERVICIO PROFESIONAL DOCENTE. LOS ARTÍCULOS 52, 53, OCTAVO Y NOVENO TRANSITORIOS DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO VULNERAN EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SU ASPECTO NEGATIVO DE NO REGRESIVIDAD, EN RELACIÓN CON EL DERECHO HUMANO A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO.

Conforme al principio citado, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el grado de tutela conferido por el legislador para el ejercicio de un derecho fundamental no debe disminuirse. Por otra parte, el derecho humano a la estabilidad en el empleo no es absoluto, pues conforme al artículo 123, apartado B, fracción IX, constitucional, el trabajador puede ser suspendido o cesado por causa justificada en los casos previstos en la ley. Ahora bien, la reforma al artículo 3o. constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 2013, implementó un nuevo sistema de evaluación obligatoria para el ingreso, promoción y permanencia en el servicio del personal docente, con la finalidad de crear un nuevo modelo educativo que asegure la calidad en el

servicio y, con ello, tutelar también el interés superior del menor. Por tanto, si el principio de progresividad en su aspecto negativo de no regresividad establece que el grado de tutela para el ejercicio de un derecho no debe disminuirse y el derecho humano a la estabilidad en el empleo no es absoluto, ya que puede limitarse cuando lo permita la ley y por causa justificada, como lo es garantizar el interés superior del menor a obtener una educación de calidad, se concluye que el grado de tutela para el ejercicio del primero de los derechos mencionados no se disminuye cuando se limita su ejercicio por una causa justificada; de ahí que los artículos 52, 53, octavo y noveno transitorios de la Ley General del Servicio Profesional Docente, al señalar la posibilidad de que los docentes sean removidos de sus cargos o readscritos a otras áreas, no vulneran el principio de progresividad en su aspecto negativo de no regresividad, en relación con el derecho humano a la estabilidad en el empleo²¹.

El Comité invita a que los países y funcionarios, que en ejercicio de sus funciones tengan a bien examinar y determinar cuál es el interés superior del menor, a que presten atención especial a las garantías, que brevemente explicamos:

a) El derecho del niño a expresar su propia opinión

Un principio fundamental del proceso es la participación con los menores para lograr que intervengan de manera provechosa en él y determinar su interés superior. En el marco de esa comunicación, entre otras cosas, se debería informar a los niños sobre el proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles opinión. Sin embargo este derecho debe ser exigido por las partes ya que los juzgadores muy pocas veces llaman al menor para oír su opinión respecto de lo controvertido en un juicio, por lo que siempre se debe escuchar al menor antes de decidir respecto de su guarda y custodia.

Es por ello, que el juzgador debe analizar si, de acuerdo con lo más conveniente al menor, su participación, declaración o testimonio ofertado por las

²¹ Tesis: P./J. 34/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I, página 12, Reg. digital: 2009992

partes es conveniente para su integridad, pues el niño cuenta con el derecho de intervenir en su caso. Así lo establece la siguiente tesis:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA INVOLUCRA UNA VALORACIÓN DE PARTE DEL JUEZ.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho de los menores de edad a participar efectivamente en los procedimientos jurisdiccionales que los afectan y a dar su opinión de tal modo que pueda tener influencia en el contexto de la toma de decisión judicial que resuelva sobre su vida y sus derechos. Sin embargo, su participación 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 menores de edad 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 menores de edad en los procedimientos jurisdiccionales no debe ser jamás leída como una barrera de entrada, sino como el mecanismo que da cauce a su derecho. La premisa para el juzgador debe ser procurar el mayor acceso del niño, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Por ende, la excepción debe estar debidamente fundada y motivada, previendo que dicha decisión puede ser impugnada y remitida a un nuevo examen jurídico por los tribunales de alzada y los jueces de amparo²².

Este derecho a participar y que su opinión sea escuchada en los procesos jurisdiccionales que incidan en su esfera de derecho, no debe verse tampoco limitado por la edad. La edad de un menor no es impedimento ni debe tomarse como parámetro para decidir si debe o no intervenir de forma activa en un procedimiento. Atendiendo al principio de autonomía progresiva, la edad biológica no guarda

²² Tesis: 1a./J. 12/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, página 383, Reg. digital: 2009010

necesaria correlación con la madurez y la posibilidad de formarse un juicio o criterio propio. Así lo establece la tesis de rubro:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 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.

De conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los menores de edad 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 determinada 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 de edad deben participar en procedimientos jurisdiccionales, pues es el juzgador quien deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño o niña, así como su interés superior, para acordar su intervención, siempre con una actitud orientada a favorecer la eficacia de su derecho de participación²³.

b) La determinación de los hechos

Los hechos y las noticias para un determinado caso se deben extraer mediante expertos capacitados que tengan todos los elementos necesarios para el examen del interés superior del menor. Entre otras cosas, se pueden mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto con el niño a diario y con testigos de determinados incidentes. La información y las referencias reunidas deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos en el examen del interés superior del niño. Normalmente las personas que tienen contacto directo con el niño no son llamadas a juicio y queda al arbitrio de las partes ofrecer testimonios.

c) La percepción del tiempo

²³ Tesis: 1a./J. 13/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, página 382, Reg. digital: 2009009

Los niños no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Las tomas de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos contrarios en la evolución de los niños. Se debe dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los menores y terminarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en lo posible, con la percepción del menor de cómo puede aprovecharle, y las decisiones deben revisarse a intervalos razonables, a medida que el niño evoluciona su capacidad para expresar sus opiniones. En Querétaro raramente se revisan y se dan continuidad a las opiniones vertidas por los niños, por lo que juzgadores y abogados deben advertir la importancia que tiene que los menores puedan contar con varias oportunidades de intervenir en un proceso que muchas veces toman años y el menor o adolescente solo acude una sola vez a platicar con el juzgador.

d) Los profesionales cualificados

Las necesidades de los niños deben ser examinadas por profesionales capacitados en cuestiones relacionadas con el crecimiento del niño y del adolescente. Por ese motivo, el proceso de examinar debe llevarse a cabo en un ambiente amable y seguro por profesionales expertos, entre otras cosas, en psicología del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano, que hayan trabajado con menores y que examinen la información recibida de manera objetiva. En el examen del interés superior del niño deben participar un equipo multidisciplinario de profesionales. Raramente en los juicios ventilados en Querétaro se ocupa un equipo multidisciplinario de profesionales que evalúen el interés superior del niño ya que son únicamente los psicólogos los que normalmente opinan y se dejan de lado otras disciplinas como la antropología, sociología, el trabajo social y la pedagogía.

e) La representación letrada

Los menores necesitan representación profesional adecuada cuando los juzgados tengan que evaluar y determinar su interés superior. Cuando los menores se sometan a un proceso judicial que conlleve la decisión de su interés superior, los

menores deben disponer de representación, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión. Actualmente en Querétaro los menores se encuentran representados por el Ministerio Público y por la Procuraduría Estatal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes.

Cómo lo es en el caso del juicio de amparo, donde se amplía la protección del menor y sus derechos respecto del artículo 8° de la Ley de Amparo que establece que se le debe nombrar un representante especial cuando comparece a juicio por sí o por otra persona, actuando como quejoso. En ese sentido, y al alcance del interés superior del menor se amplía la protección, aunque no lo describe así el libelo en cita, la obligación de designar representante especial a los menores que sean parte como terceros interesados.

REPRESENTANTE ESPECIAL DEL MENOR EN EL JUICIO DE AMPARO. CONDICIONES PARA SU NOMBRAMIENTO CUANDO ÉSTE COMPARECE CON EL CARÁCTER DE TERCERO INTERESADO Y NO DE QUEJOSO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 8o. DE LA LEY DE AMPARO).

El precepto citado establece la posibilidad de que el menor de edad pida amparo por sí o por cualquier persona en su nombre sin la intervención de su legítimo representante, nombrándole para ello un representante especial en los casos en que por conflictos de intereses sea necesario. Ahora bien, tomando en cuenta las obligaciones constitucional y convencional de tutelar el interés superior del menor, la disposición prevista en el artículo 8o. de la Ley de Amparo debe aplicarse extensivamente a los supuestos en los cuales el menor comparece en calidad de tercero interesado al juicio de amparo, por lo que, cuando su legítimo representante se halle ausente, se ignore quién sea, esté impedido, se niegue a representarlo, o bien, haya conflicto de intereses entre sus legítimos representantes o motivos que justifiquen la designación de persona diversa, el órgano jurisdiccional, en aras de defender y tutelar sus intereses, deberá nombrarle un representante especial para que intervenga en el juicio²⁴.

²⁴ Tesis: P./J. 3/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 13, Reg. digital: 2019198

Por ello, el Tribunal determina que cuando un menor comparezca a juicio de amparo como quejoso o tercero interesado, y este no tenga, por cualquier motivo, un legítimo representante, se le podrá nombrar un representante especial.

Se trata de una protección amplia, también en el amparo, el juicio promovido por quien ejerció la patria potestad del menor durante el juicio de origen no debe sobreseerse porque la representación termine al adquirir éste la mayoría de edad, toda vez que debe ponderarse, por un lado, el interés superior del menor.

REPRESENTACIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. NO DEBE SOBRESEERSE CUANDO LO PROMUEVE QUIEN EJERCIÓ LA PATRIA POTESTAD DURANTE EL JUICIO DE ORIGEN, SI ANTES DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO, EL REPRESENTADO ADQUIERE LA MAYORÍA DE EDAD.

El juicio de amparo promovido por quien ejerció la patria potestad del menor durante el juicio de origen no debe sobreseerse porque la representación termine al adquirir éste la mayoría de edad, toda vez que debe ponderarse, por un lado, el interés superior del menor, el cual se encontraba en juego durante la tramitación del juicio de origen y, por otro, la necesidad de reconocer la plena capacidad de ejercicio del ahora mayor de edad. Así, para proteger ambos intereses el juicio debe regularizarse e integrarse en su calidad de quejoso al ahora mayor de edad y lograr que participe activamente en la defensa de sus intereses. Por tanto, cuando el juez de amparo advierta que la representación ejercida a favor del menor ha finalizado, debe ordenar la notificación personal al interesado para que en el plazo de tres días ratifique la promoción del juicio de amparo y, en caso de hacerlo, las diligencias subsecuentes se entiendan realizadas directamente por el afectado del acto de autoridad o por el representante que designe en términos de la Ley de Amparo; o bien, si no diere cumplimiento, se tenga por no presentada la demanda²⁵.

f) La argumentación jurídica

Todas las decisiones sobre los menores deben estar motivadas, justificadas y explicadas. En la motivación se deben señalar las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en

²⁵ Tesis: 1a./J. 124/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 2, Enero de 2014, Tomo II, página 1024, Reg. digital: 2005232

concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la determinación es diferente de la opinión del menor, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. En Querétaro es importante reforzar la argumentación jurídica que se expone en los tribunales pues normalmente tiende a ser deficiente desde los escritos de las partes, hasta lo argumentado por los juzgadores por lo que para aminorar esta problemática se deben promover cursos de actualización.

g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones

Los Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños. Debe existir siempre la posibilidad de la apelación en el plano nacional. Los mecanismos deben darse a conocer al niño, que ha de tener acceso directo a ellos o por medio de su representante jurídico, si se considera que se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del menor, el tribunal ha de examinar todos esos aspectos. Es necesario que los juzgadores conozcan las garantías procesales y que sepan cómo determinar el interés superior de los menores en el caso concreto para que puedan también de manera eficaz revisar las determinaciones.

h) La evaluación del impacto en los derechos del niño

El examen del impacto en los derechos de los menores, deben prever los efectos de cualquier proyecto sobre política, leyes, reglamentos, presupuestos u otras decisiones administrativas que afecten a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes de las repercusiones de las medidas en los derechos de los niños.

Al respecto, la jurisprudencia de rubro “INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES” en la cual se precisa la obligación de toda

autoridad y juzgadores de velar por el interés superior del menor en todas sus actuaciones siendo conscientes de que toda decisión en torno al menor y la satisfacción de sus necesidades incide en su desarrollo integral, por ello la necesidad de un escrutinio estricto del impacto del acto u omisión de la autoridad en la esfera de derechos del menor y su vida. Que a continuación se cita:

INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ERICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES.

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica que el desarrollo de éstos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida. Así, todas las autoridades deben asegurar y garantizar que en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas en las que se les involucre, todos los niños, niñas y adolescentes tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo, esto es, los que aseguran la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, elementos -todos- esenciales para su desarrollo integral. En ese sentido, el principio del interés superior del menor de edad implica que la protección de sus derechos debe realizarse por parte de las autoridades a través de medidas reforzadas o agravadas en todos los ámbitos que estén relacionados directa o indirectamente con los niños, niñas y adolescentes, ya que sus intereses deben protegerse siempre con una mayor intensidad. En esa lógica, cuando los juzgadores tienen que analizar la constitucionalidad de normas, o bien, aplicarlas, y éstas inciden sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es necesario realizar un escrutinio más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida de modo que se permita vislumbrar los grados de afectación a los intereses de los menores y la forma en que deben armonizarse para que dicha medida sea una herramienta útil para garantizar el bienestar integral del menor en todo momento²⁶.

La autoridad debe apegarse al interés superior de los menores de edad cuando formule políticas públicas, normas, o tome decisiones que los puedan afectar. En

²⁶ Tesis: P./J. 7/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, página 10, Reg. digital: 2012592

los casos concretos, el juzgador debe realizar un escrutinio estricto que le permita garantizar el bienestar integral del menor.

3.2 El interés superior del menor en la Constitución

El interés superior del menor está consagrado a nivel constitucional en su artículo cuarto, noveno párrafo, el cual refiere:

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

Fue en la reforma Constitucional del año 2011 donde se incluye al texto Constitucional la garantía del interés superior del niño; en este sentido se armoniza nuestra Constitución con los tratados Internacionales pues se establece el rango constitucional a este principio entendiéndose como Estado a los tres poderes, refrendando el compromiso que tiene México con sus niños y adolescentes.

También subrayando la importancia que tiene el artículo primero de la Constitución Federal ya que en su parte conducente nos menciona: “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.” Situación que evoca, en el caso de estudio que nos ocupa que todos los Tratados Internacionales firmados por México en el caso de menores, son de estricta observancia para los juzgadores, siendo los siguientes: Convención internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores, del 30 de septiembre de 1921, Protocolo que Modifica el Convenio para la Represión para la Trata de Mujeres y Niños, dl 30 de septiembre de 1921, firmado el 12 de noviembre de 1947, Convenio para la Represión de la Trata de Personas y d la Explotación de

la Prostitución Ajena y protocolo Final, del 21 de marzo de 1950, Declaración de los Derechos del Niño, del año de 1959, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, de 1985, Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los niños, con particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de guarda, en los Planos Nacional e Internacional, Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989,

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, del 25 de mayo de 2000.

3.3 El interés superior del niño en la legislación local

Nuestro Código Civil del Estado de Querétaro El interés superior del menor en la legislación local lo encontramos en el artículo 23 del Código Civil del Estado de Querétaro mencionando, lo siguiente:

Artículo 23. La autoridad buscará y protegerá en todo momento el interés superior de los menores.

Para los efectos del presente Código, se entenderá como interés superior la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de los menores, respecto de los de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
- II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia;
- III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV. El fomento de la responsabilidad personal y social, así como la toma de decisiones del menor de acuerdo con su edad y madurez psicoemocional; y

V. Los demás derechos que a favor de las niñas, niños y adolescentes reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

También en el artículo 448 del mismo ordenamiento, nos dice:

Artículo 448. Los padres, aunque no tengan la custodia del menor, tienen derecho a convivir con el, salvo que exista alguna de las causas establecidas en el artículo 446 de este Código.

No podrán impedirse las relaciones personales entre el menor y sus parientes, salvo que exista alguna de las causas previstas en el artículo 446 de este Código, establecida en resolución judicial.

En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez resolverá lo conducente, en atención al interés superior del menor.

Luego entonces, en todos los casos de divorcio que se ventilen por ya sea por vía voluntaria o contenciosa y existan hijos menores de edad, el juez como órgano del Estado, está obligado a resolver sobre la guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes garantizando el interés superior del niño, por lo que deberá establecer medidas cautelares o definitivas que aseguren el vínculo entre padres e hijos, poniendo a salvo el derecho de los niños a la no separación de sus padres, lo que se conoce como el principio de mantenimiento del menor en su familia biológica, referido a la presunción en favor de que el interés del menor se ubica en permanecer en su núcleo familiar.

Lo anterior obedece a la necesidad de que el menor cuente con su familia como el ámbito natural en el que se desarrolla, y en donde se le proporciona la protección necesaria para su desarrollo integral. Por lo tanto, el Estado debe no sólo resguardar la estabilidad de los niños en su núcleo primigenio, sino velar para que puedan gozar efectivamente de sus relaciones familiares.

Relativo a la separación del menor de sus padres, es importante hacer una aclaración respecto a los casos en que se decreta la privación de la patria potestad, ya que se ha interpretado de forma errónea por la sociedad ya que se trata de una medida extraordinario que pretende defender los intereses del menor en aquellos

casos en los que la separación de los padres sea necesaria para la protección adecuada de los mismos. Es decir, se trata de una medida excepcional y nunca debe operar como un “castigo” hacia los padres, al contrario se debe velar por el mantenimiento del entorno y relaciones familiares del menor, que como se ha mencionado es parte fundamental del desarrollo psicológico del menor. Cómo así lo establece la siguiente jurisprudencia de la décima época:

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. SU FUNCIÓN COMO MEDIDA PROTECTORA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

La privación de la patria potestad no es una medida que tenga por fin sancionar a los padres por el incumplimiento de los deberes de la patria potestad respecto del hijo. Por el contrario, ésta debe entenderse como una medida excepcional con la que se pretende defender los intereses del menor en aquellos casos en los que la separación de los padres sea necesaria para la protección adecuada de los mismos. En este sentido, el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a excepción de cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria para el interés superior del niño. Conforme a dicha norma se entiende que el derecho de los padres biológicos a estar con sus hijos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene el carácter de derecho o interés preponderante, pues está subordinado a que dicha convivencia procure el interés del menor. En este sentido, para poder decretar una medida tan grave como la privación de la patria potestad, los órganos jurisdiccionales deben comprobar de forma plena que ha ocurrido un efectivo y voluntario incumplimiento por parte de los padres; establecer el alcance y gravedad de los incumplimientos imputados y las circunstancias concurrentes para poder atribuir las consecuencias negativas de las acciones y omisiones denunciadas²⁷.

Tanto el derecho internacional como la doctrina constitucional mexicana de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han protegido la permanencia de los niños y adolescentes con su familia en tanto existan condiciones sólidas para afirmar que dicha situación es conveniente para su desarrollo. Por lo tanto, si el mantenimiento de los menores en su familia resulta lesivo o perjudicial

²⁷ Tesis: 1a./J. 50/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 35, Octubre de 2016, Tomo I, página 398, Reg. digital: 2012716

para ellos, el interés por garantizar ese estado de hecho debe perder relevancia, para dar lugar a otras situaciones que permitan preservar adecuadamente el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que el interés superior de la niñez permite delimitar los derechos y obligaciones específicamente de los adultos en relación con las niñas, niños y adolescentes, en el cual se advierte un privilegio de atenderlos y cuidarlos, con la finalidad permanente de alcanzar el mayor bienestar y beneficio para ellos, es decir, es una obligación para la sociedad; esto implica que su protección se encuentra por encima de los derechos de los adultos, advirtiendo que se cumplimenta con una función social de orden público e interés social (Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXXIII, Marzo de 2011. Jurisprudencia. Tesis: I.5º.C.J/15. Número 162561).

En México, en el año 2014 se publica la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la que se abordan aspectos sobre el interés superior de la niñez, reconociendo a las niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, con capacidad de goce de estos, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 1º constitucional (Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014).

Derivado de lo anterior, el Estado tiene la obligación de realizar las acciones y tomar medidas, a efecto de garantizar un enfoque integral, transversal y con perspectiva de derechos humanos, entre las cuales se encuentra incluida la promoción sobre la participación y opiniones de las niñas, niños y adolescentes, en consideración a su edad desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez (Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2014).

El caso de la separación de algún niño de su padre o madre, esta decisión solo puede ser adoptada por un juez competente en materia familiar o civil según sea el caso, del domicilio donde radique el menor, por lo que cualquier otro órgano del Estado carece de competencia para tomar este tipo de determinación, así el juzgador debe decretar la decisión tomando en consideración el interés superior del niño.

En el procedimiento debe también valorarse si es necesaria la opinión del menor y en su caso que se otorgue con la garantía de la no manipulación, brindándole un derecho de audiencia, así para la decisión de carácter judicial que se tome sobre la guarda y custodia de los menores, las partes y los hijos menores, debe darse a todos la oportunidad de dar a conocer su opinión ante un juez, situación que en México no acontece en todas las latitudes ni en todo los procedimientos, pues en algunos Estados como es el caso de Querétaro, cuando los jueces decretan la guarda y custodia no es necesario la celebración de una audiencia previa donde se cite a las partes y al menor a efecto de escucharlos, ya que en el común de los casos se otorga la guarda y custodia a la parte actora y hasta la etapa probatoria es cuando los jueces citan al menor para escuchar su opinión, cuando la escucha de las partes y del menor debe ser de las primeras actuaciones de un juez familiar, hecho que nos parece violenta el interés superior del menor y afecta su derecho a la relación con sus padres.

Al respecto, la tesis de rubro “GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR” establece que las decisiones judiciales sobre la guarda y custodia de niños menores de 10 años, además de sujetarse a buscar el “escenario menos perjudicial para el menor”, también deben buscar que las resoluciones sean justas, equitativas y beneficiosas. El juez debe determinar, después de valorar y tomar en cuenta los diversos escenarios y circunstancias en las que se encuentren los progenitores del menor, cuál de ambos (o en su caso si ambos) es más benéfico para su desarrollo integral y bienestar.

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR [INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO].

Como ya lo ha establecido esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores pues, en principio, tanto el padre como la madre están

igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos. Así las cosas, el intérprete, al momento de aplicar el inciso a), de la fracción II, del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que dispone que si no se llega a ningún acuerdo respecto a la guarda y custodia, "los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor", deberá atender, en todo momento, al interés superior del menor. Lo anterior significa que la decisión judicial al respecto no sólo deberá atender a aquel escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino, por el contrario, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que resulte lo más benéfica para éste. La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del interés superior del menor, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta; la dinámica de las relaciones familiares es extraordinariamente compleja y variada y es dicha dinámica, así como las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia, la que determinará cuál es el sistema de custodia más beneficioso para los menores. Así las cosas, el juez habrá de valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre. En conclusión, la tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más benéfica para el menor²⁸.

En suma, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño estatuye que los Estados Partes deben respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los progenitores para impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades la dirección y orientación adecuadas para que el menor ejerza sus derechos humanos reconocidos en dicha Convención. Se debe entender a la evolución progresiva de las facultades de los menores como un "principio habilitador" de la todos los derechos reconocidos por el parámetro de regularidad del Estado Mexicano y no como un pretexto para llevar a cabo prácticas despóticas que restrinjan la autonomía de los niños, niñas y adolescentes y que tradicionalmente se han justificado, alegando la relativa inmadurez que los caracteriza durante ese periodo de vida.

²⁸ Tesis: 1a./J. 53/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 217 , página 566, Reg. digital: 2006791

Por ello, la decisión sobre la guarda y custodia debe ser establecida bajo una adecuada fundamentación y motivación que argumentativamente sostenga la salvaguarda del interés superior del niño, en ningún caso debe dictarse en algún sentido de forma automática por consecución procesal.

Asimismo, una vez establecida en los procedimientos debe detallarse las formas en que se habrá de garantizar la convivencia y no afectación del vínculo entre padres e hijos por ninguna índole, así como desarrollarse esquemas de responsabilidad para el padre que genere circunstancias como la alienación parental, pudiendo incluso perder la custodia de los menores por afectación a su interés superior.

CAPÍTULO CUARTO

INTERPRETACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN ASUNTOS DE GUARDA Y CUSTODIA

4.1. La Interpretación Jurídica

La interpretación jurídica o del Derecho, no puede verse como una categoría universal, ya que según cual sea su objeto puede presentar cualidades entre sí, como la interpretación de la ley, la interpretación de las sentencias, la interpretación de reglamentos, la interpretación de los actos administrativos, la interpretación de los contratos, la interpretación de los tratados, etc.. Todos ellos son casos de interpretación de textos jurídicos, y de estas categorías la considerada más importante suele ser la de la “interpretación de la ley”, precisamente por ser está la raíz principal del Derecho en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos.

Con la expresión “interpretación de la ley” se hace referencia a la atribución de significado a un documento que expresarían normas jurídicas. Es en este sentido en el que, por ejemplo, se contraponen en ocasiones la interpretación de la ley (atribución de significado a un registro normativo dado) a su integración (como individualización de una nueva norma). A veces la expresión “interpretación de la ley” se contraponen a la interpretación del Derecho no escrito. Para otros autores, el objeto de la interpretación jurídica viene formado únicamente por las normas legisladas, aquellas que gozan de una conjugación dotada de autoridad que es precisamente la que debe ser interpretada, dejando fuera a otras fuentes del Derecho, por ejemplo las de origen judicial serían los precedentes o la misma jurisprudencia. La interpretación del Derecho de origen judicial nos encontramos con formulaciones en el texto de las sentencias, los precedentes y la misma jurisprudencia.

Desde otra perspectiva, la interpretación no consiste en conocer las normas, sino más bien en producirlas; las normas serían, entonces, variables dependientes de la interpretación y la interpretación sería una actividad productiva de Derecho.

La actividad interpretativa puede ser realizada por personas muy diversas como son magistrados, jueces, legisladores, abogados y profesores. A partir de aquí, se han elaborado algunas de las figuras más usuales en el ámbito de la interpretación jurídica, como interpretación judicial, auténtica, doctrinal, etcétera: la caracterización de estas clasificaciones no suele estar exenta de dificultades. Siendo el Derecho el resultado de ese proceso interpretativo; es la actividad interpretativa la que determina realmente el contenido del Derecho.

En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.

En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión²⁹.

²⁹ Tesis: 1a./J. 18/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 406, Reg. digital: 2006011

4.2. La función jurisdiccional como garante del interés superior del menor (experiencia de casos)

Nuestro cliente, quien es padre de familia acude a consulta sobre temas de divorcio, pérdida de patria potestad, guarda y custodia, pensión alimenticia y violencia intrafamiliar; nos relata que quiere el divorcio de su esposa ya que sus hijos todos los días recibían malos tratos de parte de su madre, cansado de esta situación ha grabado los insultos y golpes que su esposa le daba a sus hijos, los niños tenían una edad de 6 y 8 años. Por lo que se procedió a demandarla, una vez abierto el periodo probatorio se acreditó por medio de grabaciones, testimonios, la plática de los menores con la juzgadora, así como pruebas psicológicas a la familia, lo anterior a efecto de que se comprobará la situación por la que pasaban los menores en la diaria convivencia con su progenitora, es así como con base al material probatorio desahogado y en base al interés superior del menor que la madre de los menores pierde la patria potestad y por ende también la guarda y custodia.

Respecto a las pruebas en los casos que involucre menores cabe señalar que la apreciación de las mismas, cuando se involucren derechos de los menores constituye un tema de legalidad, no susceptible de impugnarse en el juicio de amparo directo en revisión.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS DONDE SE INVOLUCREN DERECHOS DE MENORES CONSTITUYE UN TEMA DE LEGALIDAD Y, POR ENDE, NO ES SUSCEPTIBLE DE IMPUGNARSE EN AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. La apreciación de las pruebas en los casos donde se involucren derechos de los menores constituye un tema de legalidad, no susceptible de impugnarse en el juicio de amparo directo en revisión, pues determinar la veracidad de los hechos es una cuestión de apreciación y valoración que no implica, necesariamente, una afectación al interés superior del menor, ya que una cosa es determinar "lo que es mejor para el menor", y otra establecer cuáles son las premisas fácticas de los casos donde se vean involucrados sus derechos. En tal sentido, sólo extraordinariamente en aquellos supuestos donde para la apreciación de los hechos sea relevante el carácter de menor del sujeto sobre el que recae la prueba, estará relacionado el interés superior del menor y

será pertinente un análisis de constitucionalidad para establecer los parámetros que deben regir dicha valoración³⁰.

Tenemos el caso, de un papá relativamente joven alrededor de 30 años, que hace dos años tuvo un hijo con su esposa, la esposa le demanda el divorcio y la guarda y custodia de su menor hijo, acude con nosotros.

Una de las dudas recurrentes y errores cuando sucede la separación gira en torno al abandono y pérdida de la patria potestad, por ello se retoma la siguiente tesis, donde el juzgador debe interpretar de forma amplia el “abandono” ya que debe revisara si se atendieron por otra persona los deberes inherentes al progenitor.

ABANDONO DE UN MENOR DE EDAD. SU INTERPRETACIÓN COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la privación de la patria potestad se justifica por el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma ya que, en definitiva, lo que importa es el bien de los hijos, cuyo interés es el único y exclusivo fundamento de la función en la que se configura la patria potestad. Las autoridades jurisdiccionales, al analizar el abandono de un menor de edad como causal para decretar la pérdida de la patria potestad prevista en las distintas legislaciones, deben interpretar el término "abandono" no sólo en su acepción más estricta, entendido como dejar desamparado a un hijo, sino también en la amplia, vinculada al más radical incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, incluso en el caso de que las necesidades del menor queden cubiertas por la intervención de otras personas. Así las cosas, se estima que en los casos de abandono sancionados con la privación de la pérdida de la patria potestad, existe una abdicación total, voluntaria e injustificada de los deberes inherentes a dicha función. Asimismo, los tribunales, en aras de proteger al menor, deberán analizar en cada caso concreto las causas del abandono, la edad del menor, su madurez y autonomía, ya que en aquellos supuestos en los que el abandono se realice al momento mismo del nacimiento, resulta patente el radical desinterés de los progenitores respecto del menor. Esta pauta interpretativa es la que deben tomar en cuenta los órganos judiciales al analizar las causales de privación de pérdida de la patria potestad que hacen referencia al "abandono del menor", y siempre teniendo presente que estos supuestos denotan una situación de absoluto desprecio

³⁰ Tesis: 1a./J. 72/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1, página 296, Reg. digital: 2004253

a las obligaciones parentales más elementales y primarias respecto del menor³¹.

Por ello, el juzgador, al analizar el abandono de un menor de edad como causal para decretar la pérdida de la patria potestad debe interpretar el término “abandono” en un sentido amplio, siempre sobre el interés superior del menor.

4.3. Criterios judiciales relevantes para la protección del interés superior del niño en casos de guarda y custodia

Se retoman los razonamientos jurisprudenciales más relevantes al objeto de estudio de la presente disertación. El interés superior de menor a la luz de diferentes casos que han sido conocimiento de la Corte Suprema de justicia de la Nación. A partir de la novena y décima época todas las autoridades están obligadas a observar los criterios convencionales que conforme al artículo primero constitucional y partir de la reforma de 2011, existe la obligación de velar por la protección más amplia de la persona. El interés superior de menor y a la protección más amplia de este, es una obligación de los juzgadores en materia familiar, ahora la encomienda de encontrar y ponderar cuál cuerpo jurídico benéfico más al menor en el caso del interés superior del menor y cuál es la determinación y a la luz de que fundamento jurídico interés el artículo 4° constitucional para la salvaguarda de los derechos de los menores en los caso de estudio de guarda y custodia.

La primera tesis a analizar sobre la interpretación del interés superior del menor, que por reiteración se vuelve tesis es la que sobre la Ley General de Los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes amplía la protección del menor y busca que siempre en cada decisión que afecte al menor debe el juzgador tener una consideración especial y primordial con el menor por ser este la parte en desventaja y quienes e puede ver vulnerado en sus derechos, lo que podría afectar su desarrollo

³¹ Tesis: 1a./J. 63/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época Libro 37, Diciembre de 2016, Tomo I, página 211, Reg. digital: 2013195

psicológico, emocional, físico y social. Tesis de jurisprudencia 113/2019 (10a.), aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diez de julio de dos mil diecinueve.

DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE.

El artículo 2, segundo párrafo, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes prevé que el "interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes"; de ahí que cuando se tome una decisión que les afecte en lo individual o colectivo, "se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales". Al respecto, debe destacarse que el interés superior del menor es un concepto triple, al ser: (I) un derecho sustantivo; (II) un principio jurídico interpretativo fundamental; y (III) una norma de procedimiento. El derecho del interés superior del menor prescribe que se observe "en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño", lo que significa que, en "cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá", lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. Así, las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas –en esferas relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad, entre otras– deben evaluarse en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación, ya que la consideración del interés superior del niño como algo primordial requiere tomar conciencia de la importancia de sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate³².

Es por ello, que en el sistema jurídico mexicano cualquier decisión que se tome respecto a un menor, debe atender al interés superior del mismo. Es necesario precisar que dicha preposición no se limita al ámbito jurisdiccional, están incluidos

³² Tesis: 2a./J. 113/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 69, Agosto de 2019, Tomo III, página 2328. Reg. digital: 2020401

todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y además iniciativas de ley que tengan incidencia en la esfera de derechos del menor.

Respecto a la interpretación y aplicación del interés superior del menor al caso concreto. Los tribunales son quienes deben precisar los límites del interés superior del menor, atendiendo a la zona intermedia, donde para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En ese sentido, la siguiente tesis jurisprudencial determina las zonas de certeza para el juzgador en la aplicación de interés superior del menor:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.

Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto- del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa "zona intermedia", haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual,

afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone 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 especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional³³.

Para la atribución de la guarda y custodia la tesis jurisprudencial de rubro “INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA” establece que todas las decisiones sobre guarda y custodia deben atender al principio del interés superior del menor; siempre pensando en su beneficio, formación integral y su integración familiar y social.

INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

Como criterio ordenador, el interés superior de los menores previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia. Dicho de otro modo, el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia. En esta lógica, a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales; y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos. En definitiva, todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores las

³³ Tesis: 1a./J. 44/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 270, Reg. digital: 2006593

que determinan las medidas a adoptar, sino exclusivamente el bienestar de los hijos. El criterio antes reseñado vincula tanto a los órganos jurisdiccionales como al resto de los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad de los menores, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social³⁴.

Asimismo, al momento de decidir sobre la guarda y custodia, el juez debe tomar en cuenta todos los aspectos que pueden intervenir dependiendo del caso concreto. Deberá analizar los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física. Cómo lo señala la tesis siguiente:

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN.

El interés superior de los menores, previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como criterio ordenador, ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia de menores de edad. Dicho de otro modo, el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia. En consecuencia, al interpretar la norma aplicable al caso concreto, el juez habrá de atender, para la adopción de la medida debatida, a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos, en especial si existe un rechazo o una especial identificación; la

³⁴ Tesis: 1a./J. 31/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 451, Reg. digital: 2006227

edad y capacidad de autoabastecerse de los menores, entre muchos otros elementos que se presenten en cada caso concreto³⁵.

En esta materia existe el principio relativo a recabar de pruebas de forma oficiosa. Tratándose de los procedimientos que directa o indirectamente trascienden a los menores y a fin de velar por su interés superior, el juez puede recabar y desahogar de oficio las pruebas que considere pertinentes, como lo señala la tesis jurisprudencial de rubro:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. PARA PRESERVARLO, EL JUZGADOR ESTÁ FACULTADO PARA RECABAR Y DESAHOGAR DE OFICIO LAS PRUEBAS QUE CONSIDERE NECESARIAS.

Con independencia de que la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes en el juicio es uno de los aspectos procesales más relevantes y que con mayor cuidado debe observar el juzgador, tratándose de los procedimientos que directa o indirectamente trascienden a los menores y a fin de velar por su interés superior, previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el juez está facultado para recabar y desahogar de oficio las pruebas necesarias para preservar dicho interés, practicando las diligencias que considere oportunas y conducentes para el conocimiento de la verdad respecto de los derechos controvertidos³⁶.

CONCLUSIONES

³⁵ Tesis: 1a./J. 23/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 450, Reg. digital: 2006226

³⁶ Tesis: 1a./J. 30/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, página 401, Reg. digital: 2003069

Para garantizar el interés superior del niño es indispensable que el orden jurídico y las actuaciones de jueces y magistrados del orden familiar les reconozca como un grupo en situación de vulnerabilidad.

Ante la disolución del vínculo matrimonial, es menester que el Poder Legislativo adopte las reformas necesarias a fin de armonizar la legislación local con los instrumentos internacionales a efecto de que se garantice plenamente el interés superior del niño en todos los casos de divorcio ya sea que se ventilen por la vía incausada o por la contenciosa.

Es necesario implementar en la legislación un articulado que regule de forma eficiente la figura de la alienación parental, responsabilidades, sanciones y su tratamiento.

En todos los procesos judiciales de divorcio, el juez a fin de evaluar el interés superior del niño deben los jueces familiares, al menos tomar en cuenta los siguientes elementos: a) La opinión del niño, b) La identidad del niño, c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, d) Cuidado, protección y seguridad del niño, e) Situación de Vulnerabilidad, f) El derecho del niño a la salud, g) El derecho del niño a la educación.

La legislatura debe cumplir con armonizar la legislación local para que en todos los procedimientos de divorcio sea de estricta observancia para los juzgadores familiares las siguientes garantías procesales: a) El derecho del niño a expresar su opinión, b) La determinación de los hechos, c) La percepción del tiempo, d) Los profesionales cualificados, e) La representación letrada, f) La argumentación jurídica, g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones y h) La evaluación del impacto en los derechos del niño.

Siendo la figura del interés superior del menor una cuestión de relevancia familiar, social y jurídica, deben los operadores jurídicos tener una mayor comprensión de todos los aspectos que engloba este principio con el objeto de poder defender sus derechos y obtener resoluciones más justas, más apegadas a derecho y más beneficiosas a los menores.

BIBLIOGRAFIA

- BAQUEIRO Edgar y Rosalía BUENROSTRO. *Derecho de familia*, México, Oxford, 2010.
- BAUTISTA Castelblanco, Carmen Lucy, "Síndrome de alienación parental: efectos psicológicos", *Tesis psicológica*, Núm. 2, 2007.
- BIDART Campos, Germán, "El derecho de familia desde el Derecho de la Constitución", *Entre Abogados*, Argentina, Año VI, No. 2, 2007.
- CARRASCO Barraza, Alejandra. "A la sombra de la torre de Babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre la familia", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, Vol. 21, No. 2, Mayo-Agosto, 1994.
- CHÁVEZ Manuel y Julio HERNÁNDEZ., *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana*, segunda ed., México, Porrúa, 2000.
- GÁMEZ Perea, Claudio R. *Derecho familiar*, México, Editorial Laguna, 2007.
- LÓPEZ Marcela y Julio Césae KALA, "Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad", *Ciencia Jurídica*, México, Universidad de Guanajuato, Año 7, núm. 14.
- NUÑEZ Mederos, Carmen Susana *et. al.* "Consecuencias del divorcio- separación en niños de edad escolar y actitudes asumidas por los padres", *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 2017, número 33.
- RAMOS Pazos, René. "Derechos y obligaciones entre los padres e hijos de familia", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XX, Chile, 1999.
- SERNA, Pedro. "Crisis de la familia europea: una interpretación", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, Vol. 21, No. 2, Mayo-Agosto, 1994.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Tesis Jurisprudencial [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1; Pág. 334. Registro 159897.
- Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su

Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1; Pág. 259. Registro 2000987.

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1; Pág. 261. Registro 2000989.

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1; Pág. 824. Registro 2002815.

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 1; Pág. 1095. Registro 2000799.

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 1; Pág. 1097. Registro 2000801.

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1; Pág. 823. Registro 2002814.

Tesis Jurisprudencial [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 401. Registro 2003069.

Tesis Jurisprudencial(J); 9a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXXI, Enero de 2010; Pág. 176. Registro: 165495.

Tesis Jurisprudencial (J); 9a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXVII, Septiembre de 2008; Pág. 624. Registro 168767.

Tesis Jurisprudencial []; 9a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXVIII, Septiembre de 2008; Pág. 623. Registro 168768.

Tesis P./J.78/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXVIII, septiembre de 2008, p. 616. Registro 168776.

Tesis P./1.79/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXVIII, septiembre de 2008, p. 613. Registro 168779.

Tesis 22/1.10/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, Febrero de 2007, pág. 738, Registro 173146.

Tesis Jurisprudencial [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1; Pág: 334. Registro 159897.

Tesis Jurisprudencial [J]; 9a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXXI, Enero de 2010; Pág. 176.

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1; Pág. 260.

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1; Pág. 259.

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1; Pág. 261.

Tesis Jurisprudencial [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta: Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 401.

Tesis Aislada [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXVI, Julio de 2007; Pág. 268.

Tesis Jurisprudencial [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta: Libro VII, Febrero de 2013, Tomo 1; Pág. 450

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1; Pág. 268.

Tesis Jurisprudencial [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXIV, Septiembre de 2006; Pág. 75.

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; Pág. 528.

Tesis Aislada [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 884.

Tesis Jurisprudencial [J]; 10a. Época; T.C.C.; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2; Pág. 758.

Tesis Aislada [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXXIII, Marzo de 2011; Pág. 463. Registro No. 162548.

Tesis Jurisprudencial [J]; 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXVIII, Septiembre de 2008; Pág. 624. Registro No. 168 767.

Tesis P./J. 67/2008 (ga.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, septiembre de 2008, Tomo XXVIII, pág. 623. Registro 168768.

Tesis XX.30. J/2 (ga.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, febrero de 2012, Libro V, Tomo 3, pág. 2158. Registro 160298.

Tesis 1a.CLXXVI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época; Libro XX, mayo de 2013, Tomo 1, pág. 564. Registro 2003693.

Tesis 1a. I/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época, enero de 2012, Libro IV, Tomo 3, pág. 2917. Registro 2000124.

Tesis: P./J.17/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época, octubre de 2012, Libro XIII, Tomo 1, pág. 18. Registro 2001988.

Tesis Aislada (TA); 9a. Época; T.C.C.; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXI, Marzo de 2005; Pág. 1173. Registro 178977.

Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 40/33, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), 28 de noviembre de 1985.

Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 45/113, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, 14 de diciembre de 1990.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 5 Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).

Observación General No. 10 Los derechos del niño en la justicia de menores.

Observación General No. 12 El derecho del niño a ser escuchado.

Observación General No. 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convención sobre los Derechos de Niño.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Directrices sobre la Justicia en Convención americana sobre Derechos Humanos

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002

Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, Serie A. No. 17.

Caso Bahena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C, Núm. 104.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Serie C

Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loo vs. Panamá Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.