



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS**



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS**

DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO

**LA ESCUCHA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LAS
CONTROVERSIAS DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL ESTADO DE MORELOS
COMO GARANTÍA DE SUS DERECHOS HUMANOS**

Damaris Katia Ortiz Solorzano

**Dr. Ricardo Tapia Vega
PTC. UAEM**

CAPITULADO	
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO PRIMERO	11
MARCOTEÓRICO CONCEPTUAL: EL PROCEDIMIENTO FAMILIAR Y LA POSITIVACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS EN CONTROVERSIAS DE GUARDA Y CUSTODIA	11
1.1.- El proceso	12
1.1.1.- Naturaleza del proceso	13
1.2.- Procedimiento	15
1.3.- Proceso familiar	16
1.3.1.- Principios procesales en materia familiar	18
1.3.2.- Los sujetos del derecho procesal familiar	19
1.4.- El Adultocentrismo	21
1.5.- Concepto de niña, niño y adolescente	23
1.5.1.- Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho	26
1.5.2.- Los Derechos Humanos en torno a las niñas, niños y adolescentes	27
1.5.3.- Principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes	30
1.5.4.- La autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes	33
1.5.5.- El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en procesos judiciales	34
1.6.- Participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos familiares	37
1.6.1.- Positivación	40
1.6.2.- Derecho de las niñas, niños y adolescentes a la seguridad jurídica	41
1.6.3.- La positivación del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia	43
1.7.- La guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes	44
1.7.1.- Tipos de guarda y custodia	46
1.7.2.- Características del juicio de guarda y custodia	48
1.7.3.- Derecho de las niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios para la determinación de su guarda y custodia	50
CAPÍTULO SEGUNDO	53
MARCO HISTÓRICO: DEL PROCEDIMIENTO FAMILIAR Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS EN JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA	53

2.1.- Evolución del Procedimiento familiar	54
2.2.- Antecedentes de la guarda y custodia.....	56
2.2.1.- El cambio de paradigma: La guarda y custodia en el tránsito a cuidados parentales.....	57
2.3.- Evolución de los derechos humanos, derechos fundamentales y las garantías.....	60
2.4.- Evolución del término menor a la transición de niñas, niños y adolescentes	64
2.5.- Progreso de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho	67
2.6.- Origen de los derechos de las niñas, niños y adolescentes	69
2.7.- Origen del principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes	79
2.8.- Origen del principio de autonomía progresiva	80
2.9.- Inicios del acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes	82
2.9.1.- Evolución del derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en asuntos de su interés	84
2.10.- Orígenes de la Convención Sobre los Derechos del Niño	87
2.11.- Implementación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	90
CAPÍTULO TERCERO	92
MARCO LEGAL: ESTUDIO DEL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS EN CONTROVERSIAS DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL ÁMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL	92
3.1.-Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito jurídico internacional.....	93
3.1.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948	94
3.1.2.- Convención Sobre los Derechos del Niño 1989	95
3.2.- Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito jurídico nacional	103
3.2.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	103
3.2.2.- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.....	107
3.3.- Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito jurídico local.....	109
3.3.1.- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos	109
3.3.2.- Ley de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes del Estado de Morelos	112
3.3.3. Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos	112

3.3.4.- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes	114
CAPITULO CUARTO	117
EL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS EN CONTROVERSIAS DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL DERECHO COMPARADO	117
4.1.-Argentina	118
4.1.1.-Constitución de la Nación de Argentina.....	120
4.1.2.-Codigo Civil y Comercial de la Nación.....	121
4.1.3.-Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes	123
4.1.4.-Criterios jurisprudenciales	127
4.2.- Chile.....	128
4.2.1.- Constitución Política de la República de Chile.....	130
4.2.2 Código Civil.....	131
4.2.3.- Ley de Tribunales de Familia	133
4.2.4.- Criterios Jurisprudenciales	135
4.3.1.- Constitución Política de Colombia	138
4.3.2.- Código de la Infancia y Adolescencia.....	141
4.4.- Nicaragua	147
4.4.1.-Constitución Política de la Republica de Nicaragua	148
4.4.2.-Código de Familia	150
4.4.3.- Código de la niñez y adolescencia de Nicaragua.....	152
PROPUESTA.....	157
TÍTULO SEGUNDO *BIS	159
DE LA GUARDA Y CUSTODIA	159
CAPITULO I.....	159
DISPOSICIONES GENERALES	159
CONCLUSIONES.....	163
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	166

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda la demarcación espacial del Estado de Morelos, en cuanto que, se busca analizar la ley sustantiva familiar de este Estado, asimismo se estudia desde el ámbito del derecho procesal familiar, debido a que se centra en estudiar la implementación del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, por lo tanto, pertenece a la rama del derecho privado.

Lo anterior será estudiado a partir de la reforma constitucional del doce de octubre del año dos mil once, de la cual se deriva que “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, así como la obligación estatal de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos” , puesto que se estudiará el reconocimiento del derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en procedimientos de guarda y custodia en la legislación procesal del estado de Morelos.

A partir de la reforma constitucional del año dos mil once, se ha hecho hincapié en la aplicación del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, así como el promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos por parte de las autoridades en cada ámbito de su competencia.

Ante la procuración de este principio se crea el Protocolo de Actuación Para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Niñas, Niños y Adolescentes, en el que se emiten recomendaciones y analizan la participación de estas niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios en los que se vean involucrados, tomando en cuenta su capacidad progresiva, empero, en este documento solo se emiten recomendaciones sin ningún carácter coercitivo que garanticen su derecho a ser escuchados.

En esta tesitura, el problema de esta investigación parte de que las niñas, niños y adolescentes son personas propugnadas por el principio del interés superior de la niñez, asimismo su derecho a participar en juicios en los que tengan interés

se encuentra reconocido a nivel internacional y constitucional, sin embargo, a nivel local no se encuentra regulado su derecho a ser escuchado en procedimientos en donde se determine su cuidado personal.

En el Estado de Morelos, las niñas, niños y adolescentes que se ven inmersos en juicios de guarda y custodia, *vox populli*, dos de diez casos en donde se va a determinar el cuidado personal de cada niña, niño o adolescente, son escuchados en juicio, porque el juez solicito su participación o uno de los padres solicita sea llamado a juicio para que sea entrevistado, de no ser así, las niñas, niños y adolescentes no tienen ninguna participación para ser escuchados en estos procedimientos.

La guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes en el Estado de Morelos carece de regulación específica para resolver este tipo de juicios, derivándose de ello que estos procedimientos sean tardíos para resolver, además de que esa situación hace que el desarrollo físico, psíquico y social de las niñas, niños y adolescentes presenten un deterioro.

El que no exista una base de lineamientos por los cuales este regido el proceso de los cuidados personales de las niñas, niños y adolescentes, predomina un quebranto a los derechos que se derivan de las relaciones paternofiliales, puesto que los juzgadores competentes de llevar a cabo este procedimiento lo realizan sin tener un pilar del cual tomar decisiones conforme a lo que una ley establezca.

El no estar reconocido en el Código Familiar del Estado de Morelos este derecho de niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios de guarda y custodia, deja a la libre decisión de los operadores jurídicos y/o de los padres presentarlos en procedimientos en donde este de por medio con que progenitor quedara el cuidado personal de estas niñas, niños y adolescentes.

Sin embargo, en los procesos para la determinación de la guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes, siendo uno de los temas de mayor ponderación, debido a que se ven involucradas niñas, niños y adolescentes, no tiene un capitulado dentro del Código Procesal Familiar del Estado de Morelos que lo regule,

ni está implementado el derecho a ser escuchados en estos procedimientos donde se determina su cuidado personal.

Ante dicha situación, se desprende que no existe un ambiente adecuado en el que se desarrolle la participación de niñas, niños y adolescentes que se vean implicados en procedimientos que determinen su guarda y custodia, con ello exponiendo a las niñas, niños y adolescentes en un ámbito de tensión, y lejos de que emita su opinión libre y cierta, pueden emitir opiniones que no estén dentro de lo que verdaderamente quieren de cada uno de sus padres.

Otro de los problemas significativos dentro de esta temática es que las niñas, niños y adolescentes en los juicios de guarda y custodia solo se consideran como objetos de derecho, por lo tanto, no existen instalaciones ni un ambiente adecuado en el que se desarrolle la participación de las niñas, niños y adolescentes que se vean inmersos en procedimientos que determinen su cuidado personal, exponiéndolos a un ambiente de tensión, derivándose de ello que, estas niñas, niños y adolescentes emitan sus opiniones bajo presión, asimismo causándoles daños psicológicos.

Asimismo, es importante destacar que no existe la cultura en los progenitores para informar a sus hijos de todas las situaciones, fenómenos y nuevos paradigmas que se van presentando en la sociedad, siendo un derecho que va aparejado con el derecho a participar en juicios en los que se vean involucrados sus intereses, obteniendo como consecuencia, que las niñas, niños y adolescentes no puedan emitir un juicio propio sobre la situación que viven dentro de estas controversias en las que se ve implicando con que progenitor estaría mejor su cuidado personal.

El que se implemente el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en juicios de guarda y custodia en la legislación familiar del Estado de Morelos brindaría a los operadores jurídicos más herramientas y criterios para emitir su resolución.

Es importante se realicen modificaciones respecto a la regulación de la guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes, en cuanto que son personas las cuales están propugnadas por el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, con esta implementación se garantizaría la presentación de las niñas, niños y adolescentes para que sean escuchados en juicios al determinar el cuidado personal de cada uno de ellos, de una manera adecuada y apegada a los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Otra de las situaciones importantes por las que debe ser reconocido en las leyes de orden familiar en el Estado de Morelos el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en juicios de guarda y custodia, es porque con ello se estaría garantizando sus derechos que están reconocidos a nivel internacional y constitucional, derivándose, además, una fluidez en los juicios de esta índole y menos carga de trabajo para los juzgadores.

De igual manera, la participación de las niñas, niños y adolescentes de acuerdo a su capacidad progresiva de emitir su opinión respecto a cada uno de sus progenitores es indispensable sea regulada, para que esta acción se establezca dentro de los lineamientos apegados a derechos, así como brindarles un entorno de confianza para que sus opiniones se expresen libremente y sin ningún tipo de presión.

En este contexto, es indispensable se realice esta implementación, debido a que las niñas, niños y adolescentes son las partes procesales que mayor participación deberían tener en cuanto que esos juicios se incoan para la determinación de su cuidado y en muy excepcionales casos los llaman a juicio, sin embargo, el que sean llamados a juicio debería ser prioridad para los operadores jurídicos, ya que son las niñas, niños y adolescentes quienes deben emitir la opinión de con que progenitor desean quedarse y por qué.

Es decir, que el que se vean inmersos dentro de estos juicios, resultarían más herramientas y juicios de los que el juzgador familiar pueda valerse a la hora de emitir su resolución, con ello obteniendo un respeto a sus derechos humanos y

menos daños psicológicos debido a que sería más fácil y concreto para los jueces del orden familiar pronunciar una resolución.

Por ello es de relevancia reconocer en el Código Procesal Familiar del Estado de Morelos el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos en juicios para la determinación de su cuidado y responsabilidad parental, para que exista una aplicación y respeto por los derechos humanos de los padres y de las niñas, niños y adolescentes, con el fin de que se desarrolle una convivencia sana y adecuada, así como evitar causar deterioro al desarrollo físico, social y emocional de las niñas, niños y adolescentes en el Estado de Morelos.

Es importante también que sea reconocido este derecho, con el fin de que las niñas, niños y adolescentes, sean considerados como sujetos de derecho y el principio superior de las niñas, niños y adolescentes sea interpretado y aplicado conforme a los derechos humanos de estas personas que son los principales actores de los juicios de guarda y custodia

Por otra parte dentro de los objetivos en los que se centra este trabajo de investigación son de manera general, proponer la positivación del derecho de niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios de guarda y custodia en el Código Procesal Familiar del Estado de Morelos y de manera particular: conceptualizar las variables de estudio dentro de este trabajo, analizar cuestiones históricas y la evolución de todo lo concerniente al paradigma del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, estudiar el marco jurídico a nivel internacional, nacional y local, con relación a este derecho, así como llevar a cabo un estudio comparado de las legislaciones, doctrina y criterios jurisprudenciales en torno a los juicios de guarda y custodia en otros países que implementen jurídicamente la opinión de la niña, niño o adolescente que se vea inmerso en procedimientos de guarda y custodia, explicar la importancia jurídica que asume el que sea reconocido el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en juicios de guarda y custodia en el Estado de Morelos y por último plantear artículos que resulten importantes implementar en la legislación procesal familiar

para dirigir los juicios en los que se vean involucradas niñas, niños y adolescentes con relación a los conflictos paternofiliales en el Estado de Morelos.

Para concluir, el instrumental metodológico y técnico que se utiliza dentro de esta investigación es de índole jurídica, en cuanto que se busca positivizar en la legislación procesal familiar el derecho de niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios de guarda y custodia en el Estado de Morelos.

Por otro lado, se aborda un método histórico, de tal forma que la presente investigación estará vinculada al conocimiento de distintas etapas de los elementos que la forman, con el fin de conocer la evolución y desarrollo del objeto del actual proyecto, con tal de revelar su historia y los períodos de su proceso.

De igual forma, se basa en los métodos exegético y comparativo, con la finalidad de analizar y comparar las normas que regulan el derecho de niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios en los que tengan interés, sumando a esto la técnica documental, puesto que se recopila información para lograr enunciar teorías que sustenten el estudio de esta investigación, para orientar la implementación del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en juicios de guarda y custodia en el Estado de Morelos.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCOTEÓRICO CONCEPTUAL: EL PROCEDIMIENTO FAMILIAR Y LA POSITIVACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS EN CONTROVERSIAS DE GUARDA Y CUSTODIA

1.1.- El Proceso.1.1.1.- Naturaleza del Proceso.1.2.- Procedimiento. 1.3.- Proceso familiar. 1.3.1.- Principios procesales en materia familiar.1.3.2.- Los sujetos del derecho procesal familiar.1.4.- El Adultocentrismo. 1.5 Concepto de niña, niño y adolescente.1.51.- Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho. 1.5.2.- Los Derechos Humanos en torno a las niñas, niños y adolescentes.1.5.3.- Principio del Interés superior de las niñas, niños y adolescentes.1.5.4.- La autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes. 1.5.5.- El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en procesos judiciales.1.6.- Participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos familiares.1.6.1.- Positivación.1.6.2.- Derecho de las niñas, niños y adolescentes a la seguridad jurídica.1.6.3.- La Positivación del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia.1.7.- La guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes. 1.7.1.- Tipos de guarda y custodia.1.7.2.- Características del juicio de guarda y custodia. 1.7.3.- Derecho de las niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios para la determinación de su guarda y custodia

Para explicar lo concerniente a esta investigación es indispensable el análisis de los conceptos generales, características, principios y fuentes de las variables que se derivan de este proyecto.

De igual manera es importante conocer sobre la administración de justicia en niñas, niños y adolescentes para el ejercicio de su derecho a ser escuchados en juicio, en especial concordancia con los procesos familiares relacionados con la determinación de su cuidado personal.

En particular, se explica la relación que existe entre el interés superior de las niñas, niños y adolescentes y la administración de justicia en los procedimientos familiares, destacando la autonomía progresiva que se les reconoce a las niñas, niños y adolescentes para ser escuchados en procedimientos que se vean involucrados, asimismo ejerciendo sus demás derechos como lo es a estar informados en todo momento procesal, así como garantizarles su seguridad jurídica.

1.1.- El proceso

Para efectos de esta investigación es importante analizar el concepto de proceso, debido a que es un tema de suma importancia en cuanto que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española consiste en aquel “ (...) Conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendientes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada; (...) proceso que resuelve pretensiones de derecho privado entre las partes¹”, es decir, que consiste en aquellos actos que están entrelazados para lograr un objetivo en específico, mismo que es darle solución a alguna controversia entre las partes procesales.

Por otra parte, Vizcarra señala que el proceso es “una serie de actos jurídicos que suceden regularmente en el tiempo, se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Todo proceso tiene un objetivo o fin que es precisamente lo que da unidad o vinculación a los actos del proceso²”, es decir, son todas las etapas que conforman un procedimiento para lograr un objetivo en específico, en este contexto Prieto, argumenta que:

El proceso judicial se fundamenta en la facultad con que cuentan los ciudadanos para acudir al Estado para que a través de la jurisdicción resuelva un conflicto de incidencia jurídica. Dicha facultad se concreta en el derecho de acción, que no es otra cosa que la puesta en funcionamiento del esquema institucional por medio del cual se busca como finalidad el bien común³

El proceso en general lleva siempre unos pasos a seguir, mismos que conforman al procedimiento, con la finalidad de obtener un resultado satisfactorio a

¹ Real Academia Española, consultada el 20 de noviembre del 2020, disponible en: <https://dle.rae.es/proceso>

² Vizcarra Dávalos, José, Teoría General del Proceso. Ed. Porrúa, 9 ed., México, p. 150

³ Prieto Monroy, Carlos Adolfo, *El proceso y el debido proceso*, Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 106, 2ª ed. Colombia, 2018, p. 814

sus intereses personales, y con ello evitar hacer un problema más grande que en su momento puede afectar a la sociedad que rodea a las personas que se están viendo inmersas en un problema, social, familiar, político o cultural.

Asimismo, Tapia señala que:

El proceso es una institución jurídica por cuyo medio el Estado ejercita su función jurisdiccional, en un contexto de relaciones normadas; del juzgador con las partes y de las partes entre sí, previo planteamiento de una pretensión de un justiciable accionante, que se materializa en el conjunto de actuaciones de una causa; siendo, por su realización temporal, continuo, pues no se agota en un sólo acto jurídico instantáneo, sino que se va desarrollando en varios actos (procedimientos) sucesivos, dotados de unidad de propósito⁴.

En este contexto, se resalta que el proceso es todo acto procesal mediante el cual por diversos procedimientos se llegara a la solución de una controversia, mismo que se desarrolla en diversas etapas en las que se llevan a cabo diversos actos jurídicos.

Por otra parte, Gómez⁵, menciona que acción, más jurisdicción, más actividad de terceros, es igual a Proceso, de ahí que esta figura resulta ser una secuencia de actos que se llevan a cabo, con el fin de brindar una solución a una controversia.

1.1.1.- Naturaleza del proceso

En cuanto a la naturaleza del proceso, puede señalarse que representa la forma evolucionada de brindar solución a los conflictos, mismo en el que interactúan actor, demandado y un órgano jurisdiccional, siendo este último quien emite una resolución, así es que visualizando al proceso como una "fórmula hetero compositiva, es hoy el método idóneo para dar solución a los litigios, tanto por su

⁴ Tapia Vega, Ricardo, *Algunos problemas relacionados con el cumplimiento de resoluciones jurisdiccionales dictadas en contra de Ayuntamientos*, vol. 1 de la serie Temas selectos, Ed. Eternos Malabares-IDEFOMM, ed. 1ª, México, 2014, p. 63

⁵ Gómez Lara, Cipriano *Teoría general del proceso*, 10a. ed., Oxford, México, p.107

nota de imparcialidad como por la fuerza de sus resoluciones, respaldadas por el aparato coactivo del Estado⁶”, es decir la naturaleza del proceso es obtener un objetivo mediante diversas etapas, con diversos sujetos procesales; en esta tesitura de acuerdo con García el proceso:

Involucra una serie de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas en la solución de una controversia, y de otros sujetos quienes, aunque no se encuentran directamente vinculados con el litigio, son llamados por determinada circunstancia. Estos actos se concatenan y son juzgados por el órgano jurisdiccional al emitir una sentencia que pone fin a dicha controversia⁷

Sin embargo, un punto clave de la naturaleza del proceso es el que varios autores señalan, mismo que es el sistema de garantías, es decir:

En la medida en que el proceso es compromiso (constitucional) de garantía funcional en el tráfico de bienes litigiosos (patológicos), se proyecta, en su sustantividad, autónomamente. No interesa tanto que el proceso aplique tal o cual norma en el ámbito del tráfico de bienes litigiosos, sino que aquel (el proceso) sea garantía autónoma de aquella actuación sustantiva autónoma. El proceso es funcionalmente autónomo en su sustantividad. Sus criterios funcionales de actuación son ordinarios en la medida en que se asume el compromiso constitucional de actuarlos (...), el proceso es funcionalmente autónomo. Su sustantividad le impide además ser adjetivo, acrítico y mecanicista. O, en fin, ser vicario de la norma que actúa. Así se desprende que la efectividad proclama que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (...)⁸

En cuanto a la naturaleza del proceso como un sistema de garantías, es importante abordarlo en cuanto que de acuerdo con los autores el proceso busca

⁶ Santos Azuela, Héctor; *Teoría General del Proceso*; Mc Graw Hill; 6ta ed., México 2016, p. 19.

⁷ García Romero, Lucila, *Teoría General del Proceso*, 2da ed., Red Tercer milenios S.C., México, 2016, p.61

⁸ Lorca Navarrete, Antonio María, *El derecho procesal como sistema de garantías* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVI, núm. 107, p. 18.

esa protección de las partes procesales para brindar la mejor solución a las controversias, asimismo considerando el respeto a sus derechos humanos y fundamentales.

1.2.- Procedimiento

Para efectos de esta investigación, resulta importante hacer hincapié en la diferencia que existe entre proceso y procedimiento en cuanto que son términos que se encuentran estrechamente ligados, pero no significan lo mismo en cuanto que:

El proceso asume, frente al procedimiento, un carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional con apoyo en el sistema de garantías que al justiciable debe ofertar (metodología constitucional de la norma procesal). En cambio, el procedimiento es atemporal y acrítico a través del soporte que le brindan, sólo y exclusivamente, las formas procesales técnicas y mecanicistas. Por ello, el procedimiento es técnicamente una realidad formal y situaría frente al proceso jurisdiccional que, a diferencia del procedimiento, es la realidad conceptual que posibilita el acceso al garantismo del derecho procesal, (...) El proceso se constituye, por tanto, en la justificación del procedimiento. Lo que no significa que no pueda existir procedimiento sin proceso, puesto que el primero es atemporal, y el segundo no, al hallarse comprometido con la base garantista (...), por tanto, proceso y procedimiento son hipótesis de trabajo autónomas. (...) El proceso es sustantividad comprometida. El procedimiento es formalidad acrítica y mecanicista. El proceso, por tanto, con su sustantividad garantista justifica y corrige las anomalías en la aplicación mecanicista y técnica del procedimiento.

Por lo que se advierte, que el procedimiento es parte del proceso y si no hay proceso no puede haber procedimiento en cuanto que el procedimiento es el complemento del proceso en general, mismo que se presenta en diversas etapas judiciales en las que va versando la solución de la controversia planteada.

De igual manera debe entenderse por procedimiento, aquellos actos jurídicos realizados en un orden cronológico, con el fin de dar solución a una controversia, mismo que al concluir cada una de las etapas o actos jurídicos van concluyendo el proceso en general.

En consecuencia, el procedimiento es aquella forma en la que se desenvuelve y se presenta realmente el proceso; es decir, es el conjunto de actos que da sustento al proceso, concluyendo en que el proceso es uno solo y el procedimiento son diversos actos mediante el cual consuman el primero.

En este mismo contexto Pérez menciona que “el procedimiento es sinónimo de enjuiciamiento, conjunto de formalidades o tramites a que debe estar sujeta la realización de los actos jurídicos (...)”. El proceso en general va concatenado a los diversos pasos a seguir, con la finalidad de obtener un resultado satisfactorio a sus intereses personales, y con ello evitar hacer un problema más grande que en su momento puede afectar a la sociedad que rodea a las personas que se están viendo inmersas en un problema, social, familiar, político o cultural.

1.3.- Proceso familiar

El proceso familiar, es una variable fundamental que debe ser expuesta desde su conceptualización, en cuanto que es aquí en donde se desarrollara el derecho de las niñas, niños y adolescentes en controversias de guarda y custodia, por lo que Campos señala que:

El derecho procesal familiar es un cúmulo de vivencias que se han tenido que llevar ante los tribunales para que las resuelva el juzgador, (...) cabe señalar que la familia sufre cambios, propios de los aspectos políticos, económicos y sociales, que, en consecuencia, tienden a desencadenar conflictos los cuales terminan ante un juez⁹.

Lo anterior, debido a que la familia es reconocida como la base de la sociedad, y no está exenta de presentar controversias entre sus integrantes, por ello debe existir un equilibrio de los diversos intereses de cada miembro de una familia.

Hay que mencionar, además, que el proceso familiar es “ese conjunto complejo de actos de las partes interesadas, del órgano jurisdiccional y de los terceros ajenos a la relación sustancial, encaminadas a la aplicación de una ley

⁹ Campos Lozada, Mónica, *Practica forense de derecho procesal familiar*, IURE editores, S.A. de S. V, 2ª ed., México, 2016, pp. 1 y 2.

general, jurisprudencia, o principios generales del derecho en materia familiar a un litigio concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo”¹⁰.

Para esta autora, es el conjunto de actos de las partes interesadas de una familia, basándose en la aplicación de una ley, jurisprudencia, o principio general del derecho en materia familiar para dirimir una controversia dentro de su núcleo natural, bajo la supervisión de un órgano jurisdiccional y no necesariamente como se mencionó anteriormente.

De manera semejante Gómez, menciona que el proceso de familia “es aquel instrumento heterocompositivo que tiene por objeto la satisfacción jurisdiccional de pretensiones fundadas en el derecho de familia sustantivo, entendido este como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”¹¹.

Dicho de otra manera, el proceso de familia es el medio de solucionar un conflicto familiar, en la que implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial.

Asimismo, la doctrina señala que es “el medio por el cual se soluciona un conflicto en materia de familia, y que tiene por objeto llevar a cabo lo que establecen los instrumentos procesales locales e internacionales, para hacer valer los derechos y deberes de cada sujeto procesal”.¹²

Por otra parte, la acción procesal familiar, se define como “el poder jurídico de provocar la actividad jurisdiccional de los tribunales familiares, órganos que decidirán el caso concreto y controvertido mediante la aplicación de una norma general, de una jurisprudencia, de los principios generales del derecho para solucionarlo o dirimirlo”¹³, considerándose esto un punto clave para el buen

¹⁰ Gómez Fröde, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, ed. Porrúa, 2ª ed., México, 2013, p. 2.

¹¹ *Ibídem.* p. 4.

¹² Ortiz Álzate, John Jairo, *Sujetos procesales*, revista facultad de derecho, Colombia, 2010, vol. 5, pp.49., consultada el nueve de marzo del dos mil diecinueve en file:///H://Dialnet-SujetosProcesalesPartesTercerosEIntervinientes-6750300.pdf.

¹³ *Ibídem.* p.3

desarrollo del procedimiento familiar, asimismo obteniéndose mejores resultados a su culminación.

Se debe agregar que la dinámica del proceso familiar se encuentra:

Dentro de un sistema de inspiración dispositiva, quien ostenta el interés de que se declare en su favor un derecho subjetivo acude ante el juez, y presenta la demanda de su pretendido derecho. El juez decide la procedencia de dicha solicitud, y si la concede, llama a participar en dicha actividad al sujeto del cual se exige el derecho demandado. En este momento se "traba la litis", se establece la relación jurídica procesal. Cada parte defiende su posición, sustentándola en las pruebas que considere pertinentes para llevar al fallador al convencimiento a favor de su posición. Lo que se busca acreditar a través de las pruebas es la razón por la cual debe o no actualizarse el derecho subjetivo demandado, conforme con el derecho objetivo.¹⁴

Dicho de otra manera, es iniciado por la petición de una parte interesada en resolver un problema, mediante un escrito inicial, en el que señala sus pretensiones, aceptada la demanda por el órgano jurisdiccional competente, debe hacerse del conocimiento a la parte a la que se está demandando; con el objetivo de dar una solución que favorezca a ambas partes y den fin al problema.

1.3.1.- Principios procesales en materia familiar

De acuerdo con los principios procesales familiares, en lo que respecta a esta autora, los primordiales son el respeto y la equidad entre las partes procesales.

Los principios son normas fundamentales y generalísimas del sistema, mismos que expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos; (...) los principios son mandatos de optimización, cuyo cumplimiento no exige una medida determinada sino su mejor grado posible de satisfacción¹⁵.

¹⁴ Prieto Monroy, Carlos Adolfo, *El proceso y el debido proceso*, op. cit. p. 814

¹⁵ Córdova Del Valle, Fernando, *Principios y derechos en el procedimiento*, Consejo de la Judicatura Federal, consultado el veintiocho de abril del dos mil diecinueve en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2015/diploNSJP.28/04/2019>.

Con lo anterior, se observa que los principios son importantes para el procedimiento familiar, en cuanto que contienen variedad de acciones o prohibiciones a los actos procesales de cada parte, para una mejor solución por parte de los juzgadores competentes.

Es así como Benavides señala que, “El proceso familiar exige el cumplimiento real del principio de inmediación procesal y la intervención dinámica y comprometida del juez”¹⁶, siendo este principio un eje rector de todos los procedimientos, en cuanto que es el operador jurídico quien debe presenciar las audiencias para observar y dirigir el juicio conforme a derecho.

A su vez Benavides menciona que, “El principio de economía procesal exige la mayor concentración posible de los actos, tendiendo de este modo a lograr la pronta solución de los litigios. El Estado debe arbitrar los medios para que las carencias económicas no sean un impedimento para el real acceso a la Justicia”¹⁷.

El procedimiento familiar, atendiendo al principio de economía, debe ser resuelto de manera rápida, en cuanto que se ven involucrados intereses familiares, y por ende en los juicios de guarda y custodia, debe ser aún más rápido su solución, ya que son las niñas, niños y adolescentes quienes se ven afectados en mayor parte, agregando además que se ven inmersos sus intereses de manera directa, en cuanto que se busca determinar su cuidado personal, y no es una situación la cual debe estar en conflicto por largo tiempo, al contrario debe ser solucionado con rapidez.

1.3.2.- Los sujetos del derecho procesal familiar

El tomar en cuenta a las partes procesales para esta investigación es un punto fundamental, debido a que debe estar claro quienes fungen como partes en un procedimiento; es así como Ortiz, señala que:

¹⁶ Benavides Santos Diego, *Tendencias del proceso familiar en América Latina*, Revista para el análisis del derecho, InDret, Barcelona, 2006, p. 25.

¹⁷ *Idem*.

Son sujetos procesales todos los intervinientes en el proceso, todos los que hacen el proceso: - El juez, el actor, el opositor, el tercero (cuando existe), los incidentistas (cuando están), los actores populares, el ministerio público, y también, todo aquel que por ministerio de la ley puede intervenir en un proceso, todos hacen el proceso, porque todos realizan actos procesales, porque hay que recordar que el proceso no es más que una secuencia o serie coordinada, ordenada y proyectiva de actos procesales en esa relación jurídica procesal compleja¹⁸.

De lo anterior, esta autora señala que las niñas, niños y adolescentes también son sujetos procesales y fundamentales para los juicios de guarda y custodia, debido a que ellos son los principales protagonistas de esos juicios, en cuanto que es su cuidado personal el que se encuentra en litigio.

Sin embargo, Álvarez menciona que:

La capacidad jurídica procesal es la capacidad para ser parte en un proceso. En principio, la capacidad jurídica coincide con la capacidad para ser parte: toda entidad capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones puede a su vez reclamarlos en un pleito judicial, o defenderse de la reclamación de otra persona. En cambio, la capacidad de obrar procesal es la facultad de tomar decisiones en el proceso y asumir la responsabilidad derivada de estas decisiones¹⁹.

Asimismo, esta autora considera que la capacidad jurídica es un elemento importante para ser parte en un proceso, sin embargo, queda la interrogante de en donde queda la ponderación a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, mismos que llegan a ser parte del procedimiento familiar y no tienen la oportunidad de participar y manifestar su opinión, salvo que las partes soliciten su participación o los operadores jurídicos lo determinen importante.

Por otra parte, Ortiz maneja un concepto más abstracto, en el que dice que “los sujetos procesales son aquellos que en el proceso jurisdiccional tienen aptitud

¹⁸ Ortiz Álzate, John Jairo, *op. cit.* pp. 52-53.

¹⁹ Álvarez del Cuvillo, Antonio, *Las partes procesales*, p. 3, consultado el 8 de marzo del año dos mil diecinueve, en: <file:///H:/partes%2002-04-2019/Procesal3.pdf>.

para realizar actos procesales cualquiera que sea la posición que ocupen en éste²⁰.

Este concepto, se encuentra apegado más a derecho debido a que argumenta que cualquiera que sea la posición que ocupe en el proceso, puede ser parte, además de que se atiende las aptitudes de cada persona y no solamente la capacidad de cada sujeto, por lo que cabe la posibilidad de incluir a las niñas, niños y adolescentes que se vean involucrados en juicios de guarda y custodia.

De acuerdo con Pérez las partes procesales “son personas que intervienen por su propio derecho en la realización de un contrato o un acto jurídico de cualquier especie; son quienes participan o son llamados en un proceso para ejercer su derecho a intervenir para reclamar o para que le sea reconocido un derecho, en los casos permitidos por la Ley”²¹. Asimismo, es importante destacar que para ser parte en un procedimiento se necesita tener legitimidad, interés y personalidad dentro del juicio.

1.4.- El Adultocentrismo

Con relación al paradigma sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes y principalmente para efectos de esta investigación, frente a su derecho de ser escuchados en controversias de guarda y custodia, se presenta un fenómeno en torno a la persona adulta en cuanto que sigue existiendo ese egocentrismo por parte de los progenitores y demás personas en cuanto que, creen incapaz a la niña, niño o adolescente para ser sujeto atribuible de prerrogativas.

En este contexto, el adultocentrismo es considerado como "la serie de mecanismos y prácticas desde los cuales se ratifica la subordinación de las personas jóvenes, atribuyéndoles, a estos últimos, una serie de características que los definen siempre como sujetos deficitarios de razón (déficit sustancial), de madurez (déficit cognitivo-evolutivo), de responsabilidad y/o seriedad (déficit

²⁰ Ortiz Álzate, John Jairo, *op cit*, p.2.

²¹ Pérez contreras, *ibídem*. p.74.

moral)”²², es decir, son patrones que desde la perspectiva adulta una niña, niño o adolescente no tiene capacidad de ejercer sus derechos de manera autónoma. Por otra parte, Figueroa expresa que el adultocentrismo:

Indica la subordinación de la niñez a una cultura dominada por el mundo adulto, del mismo modo que el patriarcado subordina a las mujeres a los patrones culturales que reproducen la dominación masculina. El conjunto de prácticas discursivas y no discursivas propias de la matriz sociocultural adultocéntrica sostiene la figura del adulto como modelo acabado al que se aspira para la consecución de tareas sociales y productivas (Krauskopf, 1998), mientras tanto a los menores de edad se les atribuyen cualidades tales como dependencia, irracionalidad e incapacidad. Lo anterior implica desigualdades etarias presentes en la elaboración de conocimiento, en el funcionamiento de las instituciones burocráticas y en las prácticas de la vida cotidiana, que tiene como efecto la producción de un espacio-infancia caracterizado por la negación de la visibilidad y el reconocimiento de los niños en las esferas socialmente significativas²³.

En esta tesitura, el adultocentrismo resulta un fenómeno que va en contra del respeto al ejercicio pleno de los derechos de la niñez, al seguir reconociendo a este grupo etario como objetos de custodia al colocarlos en un contexto de incapaces, sin ninguna cualidad para lograr ejercer sus derechos de manera independiente atendiendo su capacidad progresiva y grado de madurez.

Asimismo este fenómeno resulta negativo para que las niñas, niños y adolescentes sean considerados como sujetos de derechos y asimismo que el principio del interés superior de la niñez es esa garantía que engloba una protección a sus derechos, y de igual manera si el adultocentrismo ejerciera un gran número de personas, de acuerdo con Figueroa “produciría una ciudadanía parcial para la

²² Vásquez, Jorge Daniel, *Adultocentrismo y juventud: Aproximaciones foucaulteanas*, Sophia, *Colección de Filosofía de la Educación*, núm. 15, Ecuador, 2013, p. 222.

²³ Figueroa Grenett, Claudio, *¿ciudadanía de la niñez? hallazgos de investigación sobre el movimiento por una cultura de derechos de la niñez y adolescencia en Chile Última Década*, núm. 45, *Redalyc*, Chile, 2016, p.120.

niñez en tanto limita el ejercicio de los derechos que ejerce el mundo adulto”, y por ende no existiría los instrumentos jurídicos que protegen a las niñas, niños y adolescentes entorno a sus ámbitos sociales, familiares y culturales.

En este contexto, el adultocentrismo es un fenómeno derivado de las culturas del patriarcado, en donde las personas ejercen un nivel de jerarquización sobre los más vulnerables, para efecto de esta investigación colocan a las niñas, niños y adolescentes en un estado de indefensión por considerarlos incapaces y sin ninguna capacidad para ejercer de manera directa sus derechos, a pesar de ser un grupo propugnado por el principio del interés superior de la niñez y contar con instrumentos jurídicos tanto internacionales y nacionales para su protección.

1.5.- Concepto de niña, niño y adolescente

La presente investigación tiene como fin introducir al lector en el tema relativo al derecho de las niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios de guarda y custodia en el Estado de Morelos.

En ese contexto, “la Convención Sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1º, señala que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años...”.²⁴, estableciendo con ello una generalidad, sin establecer edades para realizar alguna clasificación.

Por otra parte, “En el ámbito interno, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece en su numeral 5º: son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas dentro de doce años

²⁴ González Contró, Mónica, *Interés superior del menor: su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p.15.

cumplidos y menores de dieciocho años de edad (...)”²⁵, realizando en este artículo la diferencia entre lo que se debe considerar un adolescente y una niña o niño.

Sin embargo, para esta autora y para efectos de esta investigación el concepto de niñas, niños y adolescentes es el que establece la Convención Sobre los Derechos del Niño, debido a que tanto las niñas como los niños no tienen autonomía y esta es la misma situación para un adolescente en cuanto que su capacidad de ejercicio la adquieren hasta los dieciocho años cumplidos en México.

Asimismo, López, señala que “la palabra niño proviene de una voz onomatopéyica infantil *ninus* que significa ciclo inicial y la palabra adolescente proviene de la palabra *adolescere*, que significa crecer o desarrollarse”²⁶

Para esta autora, el que se clasifique el concepto de niña, niño y adolescente, considera que para efectos de esta investigación no es necesario hacer la distinción, debido a que terminan teniendo el mismo derecho a participar en juicio y no es respetado en su totalidad.

Hay que mencionar a demás, que “la palabra niña, niño o adolescente ha poseído, en principio un sentido más biológico que jurídico”²⁷, es por ello que a lo largo del desarrollo de los procedimientos no son considerados como parte de un juicio, sin tomar en cuenta que ellos son los principales actores en cuanto que se está determinando a que progenitor se le otorgara su cuidado personal.

Álvarez, menciona que las, niñas, niños y adolescentes son “al igual que el resto de las personas, los destinatarios de todas las disposiciones que protegen los

²⁵ González Contró, Mónica, *Interés superior del menor: su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia op. cit.* p. 16.

²⁶ López Galicia, Marco Antonio, Una mirada a los derechos de las niñas y niños: su resignificación, CNDH, México, 2016, p.26.

²⁷ Ortega Soriano, Ricardo A. *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, CNDH, 2015, México. p.23

derechos humanos”²⁸, considerando que estas niñas, niños y adolescentes son personas que están propugnadas por un principio del interés superior, “en consecuencia siendo integrales, autónomos y con derechos y responsabilidades”²⁹

A su vez, González, señala que “las niñas, niños y adolescentes, son personas que sin haber cumplido la mayoría de edad son titulares de ciertos derechos”³⁰, ante ello, esta autora coincide con González, debido a que el punto central es que deben considerarse como personas, como seres humanos, a los cuales le son reconocidos derechos humanos los cuales deben ser respetados, por las autoridades y la sociedad en general.

En este mismo contexto Muñozcano, refiere que las niñas, niños y adolescentes son:

Sujetos y actores sociales, participes de su propia realidad, que poseen características propias, así como derechos, especificidades propias de su edad, de acuerdo con el conocimiento y relación que tengan con su mundo y sus interrelaciones que desarrollen con su entorno ya sea en la institución familiar o educativa, generando habilidades propias, e interrelacionándose con otros que habitan el entorno social en el que se desenvuelven.³¹

De acuerdo con lo que señala Muñozcano, esta autora considera que es una de las conceptualizaciones más apegada a realidad, debido a que se basa en

²⁸ Álvarez de Lara, Rosa María, *El concepto de niñez en la Convención Sobre los Derechos de Niño y en la legislación mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 5ª ed., México, 2011, p.1

²⁹ Palacios Sierra, Margarita, *Los niños, voces y silencios*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 5ª ed. México, p. 79

³⁰ González Contró, Mónica, *¿Menores o niñas, niños y adolescentes? reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 5ª ed., México, 2011. p. 35

³¹ Muñozcano Skidmore, Ma. Dolores, *Marco teórico conceptual sobre menores VS niñas, niños y adolescentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 5ª ed., México, 2011, p.52

las características de estas niñas, niños y adolescentes, los cuales deben considerarse como uno solo, en cuanto que no debe existir discriminación y deben ser considerados como sujetos de derecho.

1.5.1.- Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho

Una de las características de la conceptualización de las niñas, niños y adolescentes, partiendo del reconocimiento de sus derechos soporta una transformación de una perspectiva de ellos como sujetos de derecho y no objetos sociales nada más.

López señala que “la construcción del concepto de niño como sujeto de derecho y persona con necesidades específicas de desarrollo ha sido progresiva (...), con relación al reconocimiento de sus derechos”³²

Respecto a lo anterior, es importante mencionar que el grado de madurez de cada niña, niño y adolescente es un factor importante para la determinación de reconocerlos como sujetos de derecho, además de ser personas propugnadas por el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

A su vez “la mayor participación de las niñas, niños y adolescentes en las decisiones relacionadas a su vida personal obliga a prever el modo de resolver los conflictos que puedan suscitarse frente a la intervención u opinión de sus representantes”³³.

Conviene subrayar que las niñas, niños y adolescentes reconocidos como sujetos de derecho por su desarrollo humano y lógico, es un factor importante para que puedan ser considerados como sujetos titulares de derechos.

³² Ortega Soriano, Ricardo A., *op. cit.* p.29

³³ De Carlucci, Kemelmarge, *et al. La participación del niño y adolescente en el proceso judicial*, Argentina, 2015, p.13.

La doctrina señala que “las niñas, niños y adolescentes como grupo situado en un estado de vulnerabilidad, es establecido desde su posición de desventaja por no tener una protección efectiva de sus derechos y libertades”.³⁴

Por otro lado, Villalobos establece que:

Se consideran infantes los menores de siete años. Estos son totalmente incapaces para manejarse por sí mismo y constituyen el grupo de la primera infancia. Los niños de siete a doce años son los impúberes, quienes carecen de actitud filosófica para la reproducción; ellos forman la segunda infancia. Lo púberes son los adolescentes que no han alcanzado la mayoría de edad y que, aunque filosóficamente son aptos para la reproducción no tienen en todavía la madurez suficiente para gobernar sus actos, su vida y su patrimonio, y se encuentran sujetos a la patria potestad.³⁵

Esta autora, está en desacuerdo con lo que Villalobos señala, en cuanto que el principio de la capacidad progresiva es uno de los factores más importantes que se da a partir de la reforma constitucional del año dos mil once en donde se establece un respeto por los derechos humanos y se propugna a las niñas, niños y adolescentes con el principio del interés superior, con la finalidad de cambiar la perspectiva de este grupo etario, al considerarse sujetos de derecho.

1.5.2.- Los Derechos Humanos en torno a las niñas, niños y adolescentes

Es primordial señalar que los Derechos Humanos (DDHH) son “el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada”.³⁶, conceptualizando este fenómeno, debido a

³⁴ Pérez Contreras, María de Monserrat, et al., *vulnerabilidad y violencia contra niñas, niños y adolescentes, en el marco teórico conceptual*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2016, p.40.

³⁵ Villalobos de González, Elvira, *Manual de derecho de familia*, TIRANT LO BLANCH, México, 2014, p.282.

³⁶ Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Morelos, consultada el 25 de junio del 2019, en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf>.

que va encaminado al reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos y no objetos de custodia.

En esta tesitura, “se conceptúa a los derechos humanos como el conjunto de prerrogativas sustentadas en la idea de dignidad³⁷, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona humana”³⁸, es un reconocimiento a todos aquellos privilegios que puede contar un ser humano por el simple hecho de ser personas.

Por otra parte, relacionando el tema de los derechos humanos con el paradigma de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, es un tema de mucha importancia para esta investigación, debido que este fenómeno resulto mucho más trascendental para México a partir de la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, en la que se establece en la constitución en su artículo primero el principio del interés superior de la niñez y la obligación del estado de promover, respetar, garantizar y proteger los derechos humanos.

En este contexto, los DDHH son derechos congénitos a todos los seres humanos, sin ningún tipo de discriminación, es decir toda persona tiene los mismos derechos y un derecho termina cuando inicia el de un tercero, estas prerrogativas se basan en principios, tales como el de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad, debido a que son reconocidos a toda persona sin ninguna distinción, no pueden ser fragmentados, solo son de uno mismo y además no pueden ser prestados, por ello todos tenemos los mismos derechos.

³⁷ Cualidad del que se hace valer como persona, se comporta con responsabilidad, seriedad y con respeto hacia sí mismo y hacia los demás y no deja que lo humillen ni degraden.

³⁸ Oliva Gómez, Eduardo L. et al., Temas selectos 4. Hacia el ámbito del derecho familiar, México, Ediciones Eternos Malabares, S.C, 2017, UAEM, ISBN 978-607-9287-28-3, vol. 4. p. 15. Consultado en fecha quince de marzo del dos mil diecinueve en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r13898.pdf>.

Existe una diferencia muy marcada entre los derechos humanos, los derechos fundamentales y las garantías, en cuanto que los primeros son todos aquellos inherentes a la persona por el simple hecho de serlo, mientras que los segundos son todos aquellos derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás leyes, es decir se encuentran positivizados en un instrumento jurídico y en lo que respecta a las garantías, son aquellos mecanismos de los que se vale el Estado para que los derechos fundamentales les sean respetados y garantizados a sus gobernados.

En este ítem, Tapia señala que se define a los derechos fundamentales de esa manera:

Cuando los derechos humanos se positivizan en textos normativos, (...) se reputan universales indisponibles para sus propios titulares e infranqueables para los poderes públicos y privados; (...) así, se plantean los derechos fundamentales en un panorama disperso dentro del derecho positivo vigente de un sistema jurídico determinado, pudiendo encontrarse dichos derechos tanto en el texto constitucional, como en leyes ordinarias, (...) de ese modo, *prima facie*, todos los derechos fundamentales serían derechos humanos, pero no todos los derechos humanos serían fundamentales³⁹.

Es decir que, con este panorama que el autor argumenta, se puede dejar aún más clara la diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, en cuanto que su principal contraste es la positivación de los derechos que son inherentes a las personas en diversas normas para su promoción y sean garantizados por parte del Estado.

Es por ello que los derechos de las niñas, niños y adolescentes, “como derechos humanos, son universales, para todos los niños por igual; e indivisibles, se encuentran vinculados entre sí y no pueden priorizarse unos sobre otros; aunque

³⁹ Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías*, Ediciones Eternos Malabares, México, 2017, pp. 41-43.

la realización de su disfrute está siendo progresiva”⁴⁰, en cuanto que también son personas pero por diversas situaciones que se han ido presentando en los últimos años resulto hacer hincapié en que este grupo etario también tiene derechos inherentes a su persona y por tanto son fundamentales para su ejercicio tanto a nivel local como internacional al positivizarse en diversos instrumentos jurídicos.

1.5.3.- Principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes

En esta tesitura es importante destacar que “el interés superior de las niñas, niños y adolescentes se interpreta como el acto de garantizar de manera plena su satisfacción en cuanto a la alimentación, salud, educación, y sano esparcimiento”⁴¹.

De acuerdo a la doctrina, el interés superior de la niñez, cumple dos funciones normativas, una como principio jurídico garantista que se interpreta como la obligación que tienen las autoridades, con el objetivo de asegurar los derechos intrínsecos de las niñas y niños, y otra como pauta para solucionar los conflictos entre los derechos de estos impúberes, cuyo fin es resolver situaciones en donde sea imposible el ejercicio de dos derechos para una sola niña o niño, fungiendo además este principio de manera interpretativa.

Por otra parte, Tapia⁴² señala que:

(...) La expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño (...)

⁴⁰ Dossie, *La realidad de los derechos de los niños y de las niñas, en un mundo en transformación a 30 años de la convención*, Direito Prax, Rio de Janeiro, 2019, p3.

⁴¹ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 15 de noviembre del 2018, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_200618.pdf.

⁴² Tapia Vega, Ricardo, “El interés superior de niñas, niños y adolescentes, como garantía primaria dual del derecho humano a la igualdad”, *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el sistema mexicano*, México, 2019, pp. 55,58-59

El interés superior de las niñas, niños y adolescentes (...) se representa como una garantía tuitiva del derecho fundamental a la igualdad dirigida especialmente a un colectivo vulnerable, que es precisamente, el de las niñas, niños y adolescentes; garantía que mediante diferenciaciones normativas razonables pretende desvanecer la asimetría estructural entre normatividad y efectividad, dando mayores prerrogativas a dicho colectivo para posibilitar la eficacia de sus derechos en coherencia con la estipulación de igualdad entre todas las personas (...)

Así, aunque generalmente los derechos del colectivo de niñas, niños y adolescentes priman sobre los derechos de sujetos de otros colectivos, merced a la intensidad de las diferenciaciones normativas razonablemente diseñadas para desvanecer la asimetría estructural se haya el primer colectivo, y merced al interés y a la protección prioritaria que para cualquier Estado representa la tuición de esos derechos, debe el operador jurídico,, con prudencia, no perder de vista que dichos derechos, aun protegidos por la garantía en comento, no son absolutos, y que en determinadas circunstancias particulares, podrían ser derrotados en una ponderación, acorde a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad respecto de sujetos de derecho con mayor necesidad de protección.

Resulta importante estudiar el principio del interés superior de la niñez, como una garantía que presenta dos vertientes una protegiendo a este grupo etario por el hecho de estar reconocido como colectivo vulnerable frente a la sociedad y por otro lado brindar esa estabilidad para que sean respetados sus derechos humanos y no solo los derechos específicamente dirigidos a las niñas, niños y adolescentes, lo anterior derivándose del hecho de que son personas con prerrogativas por su simple naturaleza; asimismo se destaca que este principio como garantía dual del derecho a la igualdad corresponde a la situación en la que se ven inmersas las niñas, niños y adolescentes para ejercer sus derechos, en cuanto que se toman diversos factores y que para efectos de esta investigación es su capacidad progresiva misma que se deriva del ejercicio de su derecho a ser informados, asimismo existiendo otra vertiente, misma que es la ponderación de sus derechos sobre los derechos de las demás personas, con el fin de garantizar el interés de este grupo etario.

Conforme a González la función normativa del interés superior de las niñas, niños y adolescentes es: “Que permite resolver aquellas situaciones en las que es

incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos cuando se trata de un mismo niño, con lo cual se otorga una protección integral a este y un pleno ejercicio de sus derechos, lo que se constituye en un deber para las autoridades estatales”⁴³; con este principio se busca garantizar el buen desarrollo de las niñas, niños y adolescentes en sociedad, para que se les del reconocimiento como sujetos de derecho y sean respetados como personas.

El principio del interés superior debe ser considerado “como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención de los Derechos del Niño, cuya observancia garantizara al sujeto el más alto desenvolvimiento de sus potencialidades⁴⁴”.

Este principio del Interés Superior de las Niñas, Niños y Adolescentes, de acuerdo con Gonzales “su objetivo se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar su desarrollo, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.⁴⁵

En este sentido, para la interpretación de este principio, se debe considerar las medidas y cuidados en los que se está viendo inmerso la niña, niño o adolescente, si generalizar, si no aplicarlo en cada caso en particular.

De igual manera, Ortega menciona que:

Cuando se trata de la protección de los derechos de la niña, niño y adolescente y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior de la niñez, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las

⁴³ González Contró, Mónica, *Interés superior del menor: su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia...*, op. cit., p.49

⁴⁴ Ortega Soriano, Ricardo A, op. cit. p.39

⁴⁵ González Contró, Mónica, *Interés superior del menor: su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia...*, op. cit. p. 51

características propias de las niñas, niños y adolescentes y en la necesidad de propiciar su pleno desarrollo.⁴⁶

Por lo que, este principio se constituye para las autoridades competentes un instrumento facilitador para que se otorgue una protección a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. Por su parte este principio busca proteger y garantizar la promoción y aplicación de los derechos de las niñas, niños y adolescente con el fin de cumplir con el objetivo de que se les considere como sujetos capaces de ejercer sus derechos:

El interés superior y primero del niño exige delinear la capacidad que ostenta -o la incapacidad, en su caso-, conforme a esa noción humanista de capacidad progresiva que trae la CDN (...) representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos. El interés del niño sobre la base de una lectura teleológica, es decir, teniendo en cuenta los objetivos y fines que la norma persigue y, en función de estos, la autoridad encargada de aplicarlo deberá proceder a su concreción para solucionar el caso particular⁴⁷.

Es así como, este principio constituye un instrumento facilitador para que se otorgue una protección a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, por parte de las autoridades competentes, y así sean garantizados en lo mayor posible.

1.5.4.- La autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes

En cuanto, a la autonomía progresiva de este grupo etario Ochoa menciona *que* “la autonomía progresiva de la infancia, «articula la capacidad de participación que tienen las niñas, niños y adolescentes en las distintas etapas de la vida con los espacios que tienen para participar del entorno en el que habitan y de las decisiones

⁴⁶ Ortega Soriano, Ricardo A, *op. cit.* pp.39 - 40

⁴⁷ Ortega Soriano, Ricardo A., *op. cit.* p. 60.

que los afectan”⁴⁸, resultando un elemento importante para que el derecho a la escucha de las niñas, niños y adolescentes sea debidamente aplicado.

De acuerdo con Gonzales “la edad biológica de los niños no es el criterio determinante para decidir sobre su participación en un procedimiento jurisdiccional (...), lo importante es atender su madurez, es decir a su capacidad de comprender el asunto y sus consecuencias, así como de formarse un juicio o criterio propio”⁴⁹.

Es importante destacar que la autonomía progresividad de cada niña, niño o adolescente se debe determinar mediante peritajes psicológicos antes y después de su participación, con el objetivo de que sea emitida su opinión sin ninguna presión, ni daño psicológico.

1.5.5.- El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en procesos judiciales

El derecho a opinar y ser oído de niñas, niños y adolescentes “se introduce en la Convención sobre los Derechos del Niño como un principio novedoso que apareja cambios en la interrelación con éstos como sujetos de derecho”.⁵⁰

Del Mora, concibe el derecho a opinar, “como la vía a la cual todo niño debe tener acceso para que los adultos conozcan de diferentes maneras su interior y

⁴⁸ Ochoa, María Laura, *Participación y autonomía progresiva del adolescente, democratización escolar en Buenos Aires (Argentina)*, Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2018, Argentina, p. 1, consultado el 25 de junio del 2019, en <https://dx.doi.org/10.11600/1692715x.17107>.

⁴⁹ González Contró, Mónica, *Interés superior del menor: su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia...*, op. cit. p.120.

⁵⁰ Del Moral Ferrer, Anabella J., *El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la convención sobre los derechos del niño*, cuestiones jurídicas, Venezuela,2007 p.73.

comprendan que están frente a un pequeño individuo capaz de pensar y de actuar para producir cambios favorables en su entorno”⁵¹.

Este derecho de niñas, niños y adolescentes es uno de los derechos que menos se respeta, debido a que no son considerados como sujetos de derecho, sin embargo, para que las niñas, niños y adolescentes logren ejercer su derecho a opinar, deben “ser informados en un lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento (...) y las consecuencias que se pueden generar y sobre su derecho a participar”⁵².

Con relación al derecho de ser informados anticipadamente a lo que las niñas, niños y adolescentes se enfrentaran en los juicios, se garantiza que su participación sea voluntaria, constituyendo con ello que su participación sea una opción y no una obligación.

Por lo que se refiere a Ortega, él señala que “las niñas, niños y adolescentes no son objetos de protección del derecho sino sujetos titulares de derechos; el estado tiene la obligación de garantizar que las niñas, niños y adolescentes pueden ejercer plena y efectivamente esos derechos”⁵³.

Si bien es cierto que a las niñas, niños y adolescentes se les reconocen sus derechos a nivel internacional, constitucional y local, no son respetados sus derechos, además de no considerarlos aptos para desempeñarlos por su autonomía propia, considerándolos aun, como objetos protegidos.

En este mismo contexto Pérez dice que “el derecho a expresar su opinión implica que se les tome su parecer respecto de los asuntos que les afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernan, además de que se les escuche

⁵¹ Del Moral Ferrer, Anabella J., *op cit.* p.74

⁵² González Contró, Mónica, *Interés superior del menor: su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia...*, *op. cit.* p.122

⁵³ Ortega Soriano, Ricardo A., *op. cit.* p. 26

y tomen en cuenta sus opiniones y propuestas acerca de los asuntos de su familia”⁵⁴.

Derivándose de lo anterior que el derecho a ser escuchados en juicio, a opinar libremente y a ser informados antes y después del juicio sobre las consecuencias y beneficios de la resolución que vaya a emitir el juez de lo familiar, son factores importantes para que el derecho de estas niñas, niños y adolescentes ejerzan plenamente su derecho a ser oídos en juicio.

Fernández, con relación al derecho de niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios, señala que “son rara vez consultados en los procesos judiciales o se encuentran involucrados y no son fácilmente tomados en cuenta, ni reconocidos en los tribunales”⁵⁵, resultando de lo anterior una vulneración a los derechos de este grupo etario, por tal razón:

La finalidad es garantizar su derecho a ser oídos en juicio, mediante el desarrollo de disposiciones, la evaluación de su edad y madurez y las pautas para su representación, asimismo desarrollar el ejercicio del derecho a la información de la niña, niño y adolescente que se vea implicado en algún procedimiento⁵⁶.

En consecuencia, la opinión de las niñas, niños y adolescentes:

Debe tomarse en cuenta al momento de interpretar y aplicar en forma práctica cada uno de los derechos que en ella se enuncian, convirtiéndose así en un imperativo para los Estados Parte adoptarlo en sus legislaciones internas, pues no es posible concebir una ley en materia de niños, que pretenda acoger la Doctrina de la Protección Integral y no consagre este derecho en toda su extensión⁵⁷.

⁵⁴ Pérez Contreras, María de Monserrat, et al., *vulnerabilidad y violencia contra niñas, niños y adolescentes, en el marco teórico conceptual...*, op. cit. p. 62

⁵⁵ Fernández Espinoza, William Homer, *La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial*, Universidad de San Martín de Porres, Perú, 2017, p. 173.

⁵⁶ Fernández Espinoza, William Homer, op. cit. 174

⁵⁷ Del Moral Ferrer, Anabella J., op. cit. p.75.

Esta autora, coincide con Del Mora, con relación a que el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados debe estar reconocido a nivel local para que se dé una aplicación con forme a derecho en su totalidad, para que se ejerza por parte de los operadores jurídicos como un principio rector para sus actuaciones a nivel estatal.

Asimismo:

El derecho a expresar su opinión, el derecho a ser oído y el derecho a que tales opiniones sean debidamente tomadas en cuenta en razón de la edad y madurez del niño, son aspectos que se encuentran estrechamente vinculados entre sí, dando origen a una interdependencia indisoluble, pues los tres deben concurrir a objeto de garantizar efectivamente el derecho a opinar.⁵⁸

Es necesario recalcar, que el derecho participativo que se les reconoce a las niñas, niños y adolescentes es uno de los derechos que mayor importancia debe tener en cuanto que se entrelaza no únicamente con lo que Del Moral menciona, sino que va también sujetado a lo que el interés superior de las niñas, niños y adolescentes señala, así como el respeto, promoción y aplicación de los derechos humanos por parte de las autoridades competentes en cada una de sus áreas.

En este sentido, “los Estados Parte tienen la obligación de asegurar a todo niño la posibilidad de decir lo que piensa acerca de las situaciones que puedan afectarlos”⁵⁹. Considerando este punto un factor indispensable para que pueda llevarse a cabo la actividad participativa por parte de las niñas, niños y adolescentes.

1.6.- Participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos familiares

La participación de las niñas, niños y adolescentes en los procedimientos familiares es un derecho que debe ser reconocido a nivel estatal en los códigos de la legislación familiar debido a que:

⁵⁸ Del Moral Ferrer, Anabella J., *op. cit.* pp.77-78

⁵⁹ *Ibídem.* p.79

La naturaleza jurídica de este derecho representa un caso especial, dentro de los llamados derechos instrumentales o procedimentales, especialidad que deriva de su relación con el principio de igualdad y con el interés superior de la niñez, con el que se busca brindar... una protección adicional para permitir que su actuación dentro de los procedimientos jurisdiccionales, que puedan afectar sus intereses(...), así este derecho constituye una formalidad esencial del procedimiento a su favor, cuya tutela debe observarse siempre, atendiendo, para ello, a los lineamientos desarrollados por el Alto Tribunal.⁶⁰

Esta autora, considera que el derecho a participar en procedimientos de índole familiar es importante para el bienestar de las niñas, niños y adolescentes que se ven involucrados en juicios familiares en los que estén de por medio sus intereses, su desarrollo físico, psicológico y social.

Además, el derecho de niñas, niños y adolescentes “a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica, se ejerce progresivamente, sin que esto dependa de una edad que pueda predeterminarse y aplicarse generalizadamente a todos, (...) sino que debe analizarse en cada caso”⁶¹

Lo que significa que, la participación de las niñas, niños y adolescentes deberá ser valorada por diferentes aspectos en particular, atendiendo la dificultad de cada procedimiento y la madurez con la que la niña, el niño o adolescente tenga para poder emitir su opinión.

De acuerdo con González:

Este derecho tiene una doble finalidad: 1) logra el efectivo ejercicio de los derechos de las niñas y niños al reconocerlos como sujetos de derecho; y 2) permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para

⁶⁰ Suprema Corte Justicia de la Nación, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, p.117.

⁶¹ González Contró, Mónica, *Interés superior del menor: su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia...*, op. cit. p.118

forjar su convicción respecto a un determinado asunto lo que resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia.⁶²

Resulta importante destacar que la participación de las niñas, niños y adolescentes debe atender los deseos y sentimientos de acuerdo con su nivel de discernimiento y la capacidad que tienen para formar su propio juicio sobre el problema en el que se están viendo implicados.

Por otra parte, con relación a la obligación del juez para atender la opinión de las niñas, niños y adolescentes “no se equipará con la de aceptar su deseo, ya que debe lograr un grado óptimo de congruencia entre las necesidades subjetivas [que las niñas, niños y adolescentes] expresan y las objetivas relativas a su adecuado proceso de socialización, teniendo siempre en cuenta su interés superior”⁶³.

Esta autora considera que la participación de las niñas, niños y adolescentes debe contribuir como una herramienta más para los operadores jurídicos para emitir una resolución y no como una decisión definitiva de lo que las niñas, niños y adolescentes quieren.

De igual manera “el juez tiene que evaluar los hechos que va a consultar, con el fin de lograr la decisión más conveniente para las niñas, niños y adolescentes, manteniendo su integridad intelectual y emocional”⁶⁴.

En efecto los juzgadores competentes, deben tomar en cuenta las facultades de las niñas, niños y adolescentes como un factor orientador para emitir su resolución con forme a derecho y con una interpretación idónea del principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

⁶² *Idem.*

⁶³ *Ibíd.* p.125

⁶⁴ González Contró, Mónica, *Interés superior del menor: su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia...*, *op. cit.* p.126

1.6.1.- Positivación

En lo que respecta a la variable de positivación, es un factor importante para la presente investigación, en cuanto que, con ella, se busca proponer se positivice el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, por lo que es fundamental conocer su conceptualización y demás aspectos que se enlazan con esta variable de análisis.

En este contexto de acuerdo con Guamán, el positivismo “es una filosofía cuyo principio fundamental es la cosa en sí, es una concepción moderna del mundo (...) es una corriente jurídica que nace y se desarrolla en la segunda mitad del siglo XIX, resultado de concepciones epistemológicas del Positivismo⁶⁵ al conocimiento del Derecho”⁶⁶, es decir que la variable positivación abarca todo lo concerniente a lo escrito y lo que prevalece en la actualidad de acuerdo a algo que ya ha sido verificado, que tiene una razón de ser, por lo que:

El concepto positivista de la ley considera al derecho en su estructura formal. Toda argumentación e interpretación metafísica cae como especulación indemostrable en el rechazo. También es conocido como formalismo jurídico, debido a que su estudio, en la perspectiva del derecho, es únicamente acerca de los textos perceptivos dictados por el legislador. El positivismo jurídico fundamenta el pensamiento jurídico reducido a derecho estatal producto del legislador; de aquí deriva la común atribución al derecho, de aquellas características que son propias del derecho legislado del Estado moderno, generalidad, imperatividad, coacción, presunta plenitud⁶⁷.

Es decir, el positivizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, particularmente en el Código Procesal Familiar del Estado de Morelos, significa que sería un precepto con

⁶⁵ Teoría filosófica que considera que el único medio de conocimiento es la experiencia comprobada o verificada a través de los sentidos.

⁶⁶ Guamán Chacha, Klever Aníbal, *El positivismo y el positivismo jurídico*, Universidad y Sociedad, N.º 14, Cuba, 2020, p. 2.

⁶⁷ Guamán Chacha, Klever Aníbal, *El positivismo y el positivismo...*, op. cit. p. 34

autonomía y coercitividad para los operadores jurídicos que sean competentes en la determinación del cuidado parental de las niñas, niños y adolescentes que se vean involucrados en esos juicios, asimismo de acuerdo con Vidal la positivación:

Muestra la conexión contingente entre el Derecho y la moral y rescata la objetividad de los valores (...) impulsa los principios y promueve la argumentación y la deliberación (...) sustenta un Derecho flexible y dúctil, que conjuga la generalidad y abstracción de la ley con la singularidad del caso y una dogmática crítica, que se sitúa entre los formalistas de la subsunción y los realistas de la decisión. Constata la indeterminación de los principios y sostiene que los jueces, en los límites previstos en el Ordenamiento, crean Derecho. Este modelo restablece la unidad de la razón práctica, tiende puentes entre el Derecho y la moral⁶⁸.

Considera esta autora, que la positivación de los diversos derechos de las niñas, niños y adolescentes es un fenómeno importante para que se lleve a cabo de manera determinante, debido a que el objetivo principal es reestablecer ese carácter coercitivo para las autoridades, con el fin de que se vele y respete por los derechos de este grupo etario, principalmente si se va a tomar en cuenta su opinión dentro de los juicios en los que verse su interés, cuanto y más para su cuidado personal.

1.6.2.- Derecho de las niñas, niños y adolescentes a la seguridad jurídica

Uno de los derechos fundamentales de toda persona es que se garantice la seguridad jurídica, entendiéndose por este derecho aquella “prerrogativa que tiene todo ser humano a vivir dentro de un estado de Derecho, bajo vigilancia de un sistema jurídico normativo coherente y permanente, dotado de certeza y estabilidad; que defina los límites del poder público frente a los titulares de los derechos subjetivos, garantizando por el poder del Estado, en sus diferentes esferas de ejercicio⁶⁹”, ante dicha conceptualización y señalar toda persona, en este

⁶⁸ Vidal Gil, Ernesto J., *Bioética y derecho: la positivación de los principios*, UNIVERSITAT, España, 2017, p. 4

⁶⁹ Soberanes Fernández, José Luis, *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, Porrúa, 2da. Ed., México, 2017, p.1

y demás derechos es considerada la niña, niño y adolescente en cuanto que son personas y sujetos de derecho.

Asimismo, el derecho a la seguridad jurídica y debido proceso de las niñas, niños y adolescentes está reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, en donde señala que:

Niñas, niños y adolescentes gozan de los derechos y garantías de seguridad jurídica y debido proceso establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y demás disposiciones aplicables. Se deberá garantizar la protección y prevalencia del interés superior de la niñez de conformidad con su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez⁷⁰.

De lo anterior se deriva que el derecho a la seguridad jurídica se entrelaza con diversos derechos y factores para que sea debidamente garantizado a la niñez, en cuanto que debe tomarse en cuenta el grado de madurez y su capacidad progresiva para que pueda llevarse a cabo su derecho mediante la participación de manera informada, antes, durante y al terminar un proceso. Por otra parte, Soberanes menciona que:

Es indispensable garantizar la convicción [a las niñas, niños y adolescentes] de que su persona y bienes serán protegidos por el Estado dentro de un orden jurídico preestablecido, (...) con la finalidad de combatir la impunidad se hace patente el reconocimiento del derecho a la seguridad jurídica que puede hacer valer todo ser humano⁷¹.

⁷⁰ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *los derechos de las niñas, y los niños*, México, consultado el 12 de noviembre del 2020, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/ni%C3%B1as-ni%C3%B1os/derechos-humanos-de-ninas-y-ninos>

⁷¹ Soberanes Fernández, José Luis, *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, op. cit. p. 2

1.6.3.- La positivación del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia

Es indispensable para esta investigación el que sea reconocido en instrumentos jurídicos que regulen las controversias del orden familiar a nivel local el derecho de las niñas, niños y adolescente a participar en juicios, debido a que:

Los padres al pretender atender sus propias necesidades e intereses derivadas de un conflicto familiar por sentirse afectados en sus derechos conyugales emprenden acciones u omisiones que intencionalmente o no, afectan los derechos de las niñas, niños y adolescentes, creándose un ambiente perverso y perjudicial contrario al sano desarrollo integral de su personalidad al que tienen derecho.⁷²

Por lo tanto, la positivación de este derecho de las niñas, niños y adolescentes a participar y ser escuchados en juicios del orden familiar es indispensable para que sus derechos sean respetados y sean reconocidos como sujetos de derecho.

Otro aspecto que se debe destacar al ser implementado el derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en juicios de guarda y custodia en el Código Familiar del Estado de Morelos, las autoridades jurisdiccionales

Garantizarían a las niñas, niños y adolescentes el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, con tal fin se le dará la oportunidad de ser escuchado en todo proceso judicial, (...) ello en reconocimiento de la condición del niño como sujeto de derechos y ser humano con dignidad y con autonomía progresiva en la evolución de sus capacidades.⁷³

Siendo un fenómeno muy importante, en cuanto que se busca velar por los intereses de las niñas, niños y adolescentes que se vean inmersos en juicios específicamente de guarda y custodia, debido a que el objetivo principal de ese procedimiento es el cuidado personal de este grupo etario.

⁷² Pérez Contreras, María de Monserrat, et al., *vulnerabilidad y violencia contra niñas, niños y adolescentes, en el marco teórico conceptual...*, op. cit. p. 60.

⁷³ Fernandez Espinoza, William Homer, op. cit., p. 172.

Por igual Fernández, asume que “los operadores de justicia deben tener en cuenta que se presentan diversas barreras de acceso a la justicia cuando una niña, niño o adolescente participa en un proceso judicial”⁷⁴.

Estos autores coincidimos con Fernández, debido a que la niña, niño o adolescente que se presenta a emitir su opinión en un juicio se ostenta con algo nuevo, en una situación compleja, inmerso en espacios desconocidos e incluso intimidantes por estar con personas desconocidas sin saber con anticipación para qué están ahí.

1.7.- La guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes

Cuando se procrean hijos, los padres obtienen por naturaleza jurídica la patria potestad, misma que es una de las figuras fundamentales en las relaciones entre los padres y los hijos debido a que “es una institución encaminada a proteger los derechos de los hijos menores, quienes por naturaleza se encuentran más vulnerables y requieren del cuidado y atenciones de sus progenitores, necesitan ser alimentados, educados, guiados y representados por sus padres”.⁷⁵

Por lo tanto, la patria potestad es una responsabilidad que adquieren con sus hijos, para velar por sus intereses, para que tengan un desarrollo sano y adecuado en su niñez.

En este contexto, en el momento que se da el divorcio, los padres buscan obtener la guarda y custodia de sus hijos, en cuanto que “es una de las funciones

⁷⁴ Fernandez Espinoza, William Homer, *op. cit.*, p. 173.

⁷⁵ Pérez Saldaña, Jesús, *la patria potestad en la actualidad*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 251 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/16.pdf>, consultada en fecha 25 de junio del 2019.

personales que junto a las patrimoniales integran la patria potestad, dirigidas a obtener el desarrollo adecuado de la personalidad de los hijos menores”.⁷⁶

La guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes es una responsabilidad que exige a los padres un cuidado adecuado para que sus hijos obtengan un desarrollo eficaz de su personalidad.

En esta misma línea, “el termino de guarda y custodia, proviene del latín *custos*, que significa guarda o guardián y a su vez deriva de *curtus*, que viene del verbo *curare* y significa cuidas, en conclusión, es la acción y efecto de custodiar o guardar alguna cosa”⁷⁷; ante esta definición la guarda y custodia con el paradigma de los derechos de las niñas, niños y adolescentes es un término que está quedando desfasado en la gramática puesto que se basa en custodia y objetos.

Asimismo, Villalobos, cita lo que el diccionario jurídico mexicano tiene por concepto de custodiar “es la acción de guardar con cuidado una cosa o una persona, la palabra custodia proviene del verbo latino *curare* que quiere decir cuidar”⁷⁸.

En este sentido, etimológicamente se refleja la mala utilización de la gramática al utilizar el término de guarda y custodia para referirse al cuidado de las niñas, niños y adolescentes, desde este punto de partida se puntualiza la transgresión a los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cuanto que el mismo concepto etimológico reconoce el cuidado de objetos y no personas como sujetos de derecho.

⁷⁶ Cruz Gallardo Bernardo, *La Guarda y Custodia de los Hijos en las Crisis Matrimoniales*, Madrid, La ley, 2012, p.41.

⁷⁷ Rayón Sánchez, Cesar, *la guarda y custodia de menores en el estado de hidalgo*, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo, 2008, p.62.

⁷⁸ Villalobos de González, Elvira, *op. cit.* p.179.

Sin embargo, Cruz, expresa que la guarda y custodia de las hijas e hijos “implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado [de las niñas, niños y adolescente], y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad”⁷⁹.

Estas figuras han tenido una evolución importante en las historias familiares; esta relación entre padres e hijos es “una función que trasciende al ámbito privado y exige del titular un ejercicio no meramente facultativo sino obligatorio, a fin de obtener el adecuado desarrollo de la personalidad de los hijos”.⁸⁰

Es así como la responsabilidad de los padres es el cuidado personal del hijo, proveer sus necesidades básicas, educarlos, asistirlos, protegerlos y representarlos jurídicamente para conservar sus intereses.

Rayón, señala que la guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes “es el derecho-deber de los padres de convivir con los hijos y la correlativa obligación de estos de vivir con sus padres”⁸¹, es decir que es una convivencia mutua en la que se debe reflejar por ambas partes el respeto y valor como personas susceptibles de derechos.

Villalobos, apunta que jurídicamente, la custodia es “el primer deber de los padres respecto a sus hijos, traduciéndose este deber de tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado”⁸², reflejándose esta responsabilidad parental y cuidado personal de las niñas, niños y adolescentes en el núcleo familiar.

1.7.1.- Tipos de guarda y custodia

La guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes es un tema que ha ido evolucionando con el transcurrir de los años, del cual han surgido nuevas formas

⁷⁹ Cruz Gallardo Bernardo, *op. cit.*, p.63.

⁸⁰ *Ibídem.* p.42

⁸¹ Rayón Sánchez, Cesar, *op. cit.*, p.62.

⁸² Villalobos de González, Elvira, *op. cit.*, p.179.

de cuidado de los hijos, debido a que la sociedad está en constante cambio, de acuerdo con Fariña, se establecen cuatro formas de guarda y custodia:

- A) Exclusiva o simple. Se sustenta en que las decisiones recaen sobre el padre custodio, aunque el otro debe intervenir en las determinaciones importantes que afecten a los hijos. Ambos mantienen la patria potestad, pero sólo la ejerce aquel que convive con el hijo.
- B) Partida. Consiste en dividir la custodia de los hijos, es decir, que un padre sustente la custodia de unos hijos y el otro, la de los restantes.
- C) Repartida. Los dos padres tienen derecho a ejercer la guarda y custodia del hijo, pero en períodos diferentes y predeterminados, esto es, el hijo pasa un período anual con un progenitor y el resto con el otro.
- D) Conjunta. Ambos padres, independientemente de la convivencia, tienen el derecho a ejercer la patria potestad, decidiendo sobre todas y cada una de las cuestiones que afecten a los hijos, sea cual sea su importancia.⁸³

Evidentemente la guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes se ve clasificada por Fariña en cuatro posturas que en la realidad suelen presentarse muy seguido, haciendo hincapié en que la participación y opinión de las niñas, niños y adolescentes no se ve reflejada en esta toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos o progenitores.

Por otra parte, el que exista una clasificación de la guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes en estas diferentes posturas se refleja el hecho de que las niñas, niños y adolescentes no son considerados los principales actores de ese episodio solo los toman como objetos de los cuales se harán cargo los progenitores.

Sin embargo, Villalobos, apunta que existen especies de custodia, las cuales son:

- A) custodia personal: es la que se realiza por una persona o una familia determinada (...);
- B) custodia institucional: es la especie de custodia que se ejerce por un establecimiento sea este gobierno, descentralizado o privado y que tenga como fin

⁸³ Fariña F., et al. *Intervención psicológica en el establecimiento de la guarda y custodia, el mejor interés del menor*, p.147, consultada en file:///H:/Intervencion_psicologica_en_el_establecimiento_de_la_guarda_y_c.pdf. en fecha doce de agosto del año dos mil diecinueve.

el cuidado y atención de personas. C) custodia temporal: como su nombre lo indica, es la especie de custodia que se ejerce sobre el custodiado por un tiempo predeterminado que puede consistir en periodos cortos o largos. D) custodia definitiva: es la especie de custodia que se ejerce por un periodo continuo e indeterminado. E) custodia onerosa: es aquella que se lleva a cabo mediante una retribución económica previamente fijada por las partes. F) custodia gratuita: especie de custodia de la cual se ejerce el cuidado de las niñas, niños o adolescentes sin recibir a cambio ninguna retribución económica. G) custodia voluntaria: especie de custodia convenida libremente entre las partes involucradas en ella. H) custodia forzosa: es aquella que se realiza en cumplimiento de un mandato de autoridad aun en contra del consentimiento de la niña, niño o adolescente y de los que ejercen sobre ellos la patria potestad.⁸⁴

Esta autora considera que, la categorización de la guarda y custodia queda fuera del contexto jurídico apegado a derecho, en cuanto que solo se busca completar los intereses de los padres, sin ver el sujeto principal de estos juicios que son las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, en la última figura de custodia forzosa de acuerdo con Villalobos, estos autores estamos en completo desacuerdo en cuanto que esta se basa principalmente en un mandato en donde definitivamente dejan fuera la opinión de las niñas, niños y adolescentes sobre a quién de sus progenitores se le va a determinar su cuidado personal.

1.7.2.- Características del juicio de guarda y custodia

Los juicios de guarda y custodia son procedimientos que se caracterizan principalmente porque se está velando por un derecho tanto de los hijos como de los progenitores, son asuntos donde se resuelve respecto al cuidado personal de las niñas, niños y adolescentes, en donde:

Es obligación de la autoridad responsable ordenar al Juez natural la reposición del procedimiento a fin de que éste, de manera oficiosa, recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para [las niñas, niños y adolescentes] de las partes

⁸⁴ Villalobos de González, Elvira, *op. cit.*, pp.181-182.

contendientes en relación con las citada guarda y custodia, pues evidentemente ello repercutirá en su salud mental y física.⁸⁵

El juicio de guarda y custodia se caracteriza especialmente por la iniciativa que deben tener los operadores jurídicos para realizar los actos necesarios para garantizar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, que se estén viendo involucrados para la determinación de su cuidado personal.

Por otra parte, estos juicios al no tener fundamentos legales por cómo se debe regir el procedimiento para la determinación de la responsabilidad parental de cada niña, niño o adolescente, “puede haber mutuo acuerdo entre los dos progenitores sobre quién se queda con los hijos, sin que nadie más cuestione tal decisión; el juez solo aprueba y ratifica lo que han acordado ambos padres, salvo que considere que puede haber un riesgo claro para los menores⁸⁶”.

En estos juicios se logra observar una laguna judicial, al no existir un capitulado que rijan su observancia, siendo uno de los juicios con mayor importancia porque versan problemas que involucran a niñas, niños y adolescentes.

Además, “la legislación prevé la posibilidad de solicitar y adoptar medidas provisionales que se establecen para regular la situación con los padres mientras se determina con que progenitor quedara su guarda, hasta su conclusión⁸⁷”.

Observándose con lo anterior, una nula participación de las niñas, niños y adolescentes en estos juicios, a pesar de ser personas a las que se les atribuye el principio del interés superior.

⁸⁵ Benítez Hernández, Ma. Leonor, *Guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes*, CEDIA, Nuevo Leon, 2008. p.9

⁸⁶ González Reguera, Elizabeth, *Guarda y custodia del menor*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.187, consulta en fecha veinticinco de agosto del dos mil diecinueve en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/16.pdf>.

⁸⁷ González Reguera, Elizabeth, *op. cit.* p. 195.

De igual manera la custodia “debe establecerse siempre en beneficio de las niñas, niños y adolescentes, respetando sus derechos y su interés, debiendo estar por encima de los derechos e intereses de los progenitores”⁸⁸.

Destacando que el derecho a participar en los juicios para la determinación de su custodia es fundamental sean escuchados y se les respete este derecho humano y principio rector de la convención de los derechos de los niños.

1.7.3.- Derecho de las niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios para la determinación de su guarda y custodia

El derecho de niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios para la determinación de su cuidado personal es fundamental su reconocimiento en los Códigos que regulen este juicio, en cuanto que debe atenderse también las aspiraciones y estremecimientos de cada niña, niño o adolescente que tenga que darse la responsabilidad de su cuidado persona a alguno de sus progenitores.

Asimismo, González analiza dentro de su obra un caso del cual señala que:

En el procedimiento del juicio de guarda y custodia (...), al tratarse de un asunto cuyo objeto es determinar quién ejercerá la guarda y custodia de las niñas y niños, y que repercutirá en su esfera jurídica, resulta fundamental que estos comparezcan en juicio a externar su opinión, pues solo así existirá una tutela efectiva e integral de sus derechos.⁸⁹

Un prototipo de lo anterior lo maneja Pérez quien señala “el trámite de un divorcio, donde las partes ‘los padres’ y el juzgador, discuten, litigan o convienen, [el cuidado personal de las niñas, niños o adolescentes], sin saber las angustias, presiones o frustraciones [por las que están pasando sus hijos].”⁹⁰ Es en estas

⁸⁸ Villalobos de González, *op. cit.*, p.180.

⁸⁹ González Contró, Mónica, *Interés superior del menor: su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia...*, *op. cit.* p.118

⁹⁰ Pérez Contreras, María de Monserrat, et al., *vulnerabilidad y violencia contra niñas, niños y adolescentes, en el marco teórico conceptual...*, *op. cit.* p. 61.

situaciones en donde se ve reflejada la prioridad que se le debe dar a este derecho de niñas, niños y adolescentes, para que a nivel local quede fundamentado y exista una exigibilidad para llevar a cabo la participación de niñas, niños y adolescentes en juicios para determinar su guarda y custodia.

Fernández expresa que, “la niña, el niño y el adolescente en condiciones de formarse sus propios juicios tienen derecho a manifestar libremente su opinión en todos los asuntos que les afectan y a que se consideren sus opiniones en función de su edad y madurez”⁹¹.

Asimismo, debe considerarse a la edad y madurez como factores importantes que deben ser llevados a cabo antes de que la niña, niño o adolescente participe en un juicio para saber en qué condiciones se encuentra y que tan capaz es de emitir su propia opinión.

La doctrina señala que “los Estados parte deben garantizar el derecho a ser escuchado a toda niña, niño o adolescente que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio”.⁹²

El señalar que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, debe ser considerada por los operadores jurídicos una obligación de evaluar la capacidad de la niña, niño y adolescente para formarse una opinión libre, reconociendo a estas niñas, niños y adolescentes como personas capaces de expresar un juicio propio y el ejercicio de participación sin ninguna discriminación.

Fernández explica que las niñas, niños y adolescentes “tienen derecho a no ejercer esa prerrogativa, para ellos expresar su opinión es una opción no una obligación, (...) por ello los operadores jurídicos deben de asegurarse de que reciban toda la información y el asesoramiento necesario”.⁹³

⁹¹ Fernández Espinoza, William Homer, *op. cit.*, p. 172.

⁹² *Idem.*

⁹³ *Ibidem.*, p. 173

Estos autores, consideramos que efectivamente es de mucha importancia que los juzgadores del orden familiar prevean que las niñas, niños y adolescentes sean de manera anticipada, durante y después del juicio capacitados e informados para evitar ocasionarles el menor daño psicológico y físico posible.

De igual manera, Fernández considera que, “que el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos no está garantizado de manera efectiva porque los procedimientos judiciales no han sido diseñados considerando las características específicas de estas personas”⁹⁴.

Por muchas de las anteriores razones es importante enfocar la creación de escenarios perfeccionados para el ejercicio participativo de las niñas, niños y adolescentes, así como las herramientas pedagógicas para el desarrollo efectivo de este derecho, con los recursos técnicos y financieros, para obtener procesos razonables.

⁹⁴ Fernández Espinoza, William Homer, *op. cit.*, p. 173.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO HISTÓRICO: DEL PROCEDIMIENTO FAMILIAR Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS EN JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA

2.1.- Evolución del Procedimiento familiar. 2.2.- Antecedentes de la guarda y custodia. 2.2.1.- El cambio de paradigma: la guarda y custodia en el tránsito a cuidados parentales. 2.3.- Evolución de los Derechos humanos, Derechos Fundamentales y las Garantías. 2.4.- Evolución del término menor a la transición de niñas, niños y adolescentes. 2.5.- Progreso de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho. 2.6.- Origen de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. 2.7.- Origen del principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes. 2.8.- Origen del principio de autonomía progresiva. 2.9.- Inicios del acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. 2.9.1.- Evolución del derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en asuntos de su interés. 2.10.- Orígenes de la Convención de los Derechos del Niño.

Lo que concierne al capítulo dos, es la importancia de los sucesos anteriores que le dan pauta y cimiento a esta investigación, debido a que es importante conocer cómo ha ido evolucionando el procedimiento familiar y como es llevado a cabo en diferentes países en la actualidad, debido a que está presentándose un paradigma sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en donde se tiene que velar por el respeto y aplicación de estos derechos.

Por otra parte, conocer los primeros derechos que le son reconocidos a las niñas, niños y adolescentes, con el fin de concluir con la evolución que ha tenido el derecho a que las niñas, niños y adolescentes sean escuchados en juicios en los que tienen algún interés.

Siendo este un paradigma, que se está presentando con mayor auge, puesto que se ha dado el reconocimiento a nivel internacional con mucho ímpetu para que las niñas, niños y adolescentes dejen de ser considerados como objetos de los cuales pueden disponer sin ningún sentimiento de por medio ni respeto a su persona.

Es importante analizar cómo es que las niñas, niños y adolescentes de considerarse objetos pasan a ese tránsito de sujetos de derechos, siendo un fenómeno jurídico en pro de estas personas, asimismo lográndose ese respeto y una estabilidad en su desarrollo, psíquico y físico de estas niñas, niños y adolescentes.

Finalizando con el análisis de los nuevos paradigmas que es el tránsito de cambio de guarda y custodia a cuidados parentales, así como la percepción de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho.

2.1.- Evolución del Procedimiento familiar

El punto fundamental de esta investigación se enviste en el procedimiento familiar, y en su particularidad se centra en los procedimientos de guarda y custodia en donde ahora se ha implementado la escucha del menor en los instrumentos internacionales y a nivel nacional, sin embargo, a nivel local, existen vacíos y falta de aplicabilidad de ese derecho de niñas, niños y adolescentes que tienen interés en esos juicios.

Por ello Magallón⁹⁵, entre sus líneas hace referencia al *common law*, siendo que se produjo con las costumbres de las tribus germanas, sin embargo, sostiene que los usos y costumbres de los anglosajones, daneses, y normados son fundamento de la jurisprudencia de los jueces ingleses.

Asimismo, menciona al *writ* y a la *equity*, así pues, toda persona que solicitaba justicia debía dirigirse al canciller con el fin de que le fuera expedido un *writ*, que esta etapa fue el derecho escrito y la *equity*, consistía en la equidad a la hora de conflictos legales.

⁹⁵ Magallón Gómez, María Antonieta, *Juicios orales en materia familiar, 2ª ed.*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 56.

De acuerdo con Peñaranda, “La autonomía del Derecho Procesal atravesó por varias etapas, remontando sus inicios a los siglos XVI al XVIII, donde en las universidades europeas y americanas se enseñaba exclusivamente Derecho Romano”⁹⁶, ante ello el procedimiento en varias materias ha tenido una evolución muy destacada para atender las controversias que se suscitan entre los ciudadanos.

La naturaleza del entorno jurídico procesal familiar se ve inmerso en tres factores: “el fenómeno familiar, la regulación y la ciencia del derecho procesal familiar”⁹⁷, ante ello el estudiar la evolución que ha tenido el procedimiento en materia familiar es indispensable para lograr una vinculación con el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados.

En este contexto, Margadant señala que “las autoridades dictaban sus sentencias con fundamento a una intuición de la justicia... no existía una ciencia jurídica autónoma: las ideas sobre lo justo forman parte de la filosofía general, a lado de especulaciones de lo bello, lo ético entro otros factores”⁹⁸, siendo esta situación fuera del contexto legal y sin fundamentos motivados de manera jurídica por la autoridad juzgadora.

Es así como, los procedimientos en su evolución han tenido un gran avance en cuanto que ahora los operadores jurídicos deben de emitir una resolución basada en todas las actuaciones que se llevaron a cabo durante el procedimiento, asimismo con la aplicación de instrumentos internacionales, protocolos y principios siempre velando por el interés de las partes procesales y el bien común, asimismo

⁹⁶ Peñaranda Valbuena, Héctor Enrique, *et al*, *Sobre el Derecho Procesal en el Siglo XXI*, España, Nómadas, 2011, p. 3.

⁹⁷ Magallón Gómez, María Antonieta, *op. cit.*, p.21.

⁹⁸ Margadant S., Guillermo Floris, *Panorama de la historia universal del derecho*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016. p. 60.

prevaleciendo una interpretación idónea de los diversos instrumentos jurídicos siempre apegados a un respeto, igualdad y equidad procesal.

2.2.- Antecedentes de la guarda y custodia

La figura de la guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes ha evolucionado de manera pronunciada, debido a que en años atrás los hombres que obtenían la calidad de progenitores tenían a sus hijos a su disposición, en cuanto que los vendían, daban a dioses, abandonaban o explotaban, destacando de esta manera que las niñas, niños y adolescentes eran concebidos como objetos sin ningún respeto a su persona.

De acuerdo con Fariña, “hasta principios del siglo XX cuando se producía la disolución de un matrimonio, la custodia se otorgaba sistemáticamente al padre, partiendo de la premisa de que se encontraba en mejores condiciones económicas para sostener a los hijos”⁹⁹, observándose que no se tomaban en cuenta más criterios para emitir una resolución respecto al cuidado personal de la niña, niño o adolescente que se encontraba en esa situación.

Por otra parte, de acuerdo con González, cuando las niñas, niños y adolescentes “han sido privados de cuidado parental o familiar son canalizados a centros de asistencia social, donde permanecen hasta que su situación legal sea definida”¹⁰⁰, siendo este un caso en el cual durante el procedimiento no era un acto que se llevase de manera cotidiana, es más este es un fenómeno dentro del procedimiento familiar que a medida que pasa el tiempo se ha venido

⁹⁹ Fariña, Francisca, *et al*, *Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma*, España, Anuario de Psicología Jurídica, 2017, p. 107.

¹⁰⁰ González Contró, Mónica, *Interés superior del menor: su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia*, *op. cit.* p.25.

implementando para hacer de procedimiento algo más rápido, menos tedioso y con mayor participación por parte de todos los sujetos procesales dentro de una controversia familiar.

2.2.1.- El cambio de paradigma: La guarda y custodia en el tránsito a cuidados parentales

A lo largo de la historia, el término de guarda y custodia se ha venido utilizando para dirigirse al cuidado personal de las niñas, niños y adolescentes, sin embargo este término ha quedado sin una evolución apegada a derecho, puesto que con diversas reformas en relación con los derechos humanos y derechos reconocidos o dirigidos especialmente a las niñas, niños y adolescentes ese término queda fuera de contexto, ya que custodia y guarda son dos términos equívocos y diferentes a los conceptos de responsabilidad, cuidado, amor y protección.

De acuerdo con lo anterior, Burdeos señala que “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por lo que se considera necesario reemplazar la expresión ‘guarda y custodia’ por la de ‘responsabilidad parental’, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos”¹⁰¹, siendo un término adecuado para romper con ese fenómeno del patriarcado.

En esta tesitura, Pérez argumenta que:

En el derecho romano, el padre tenía o a él se le otorgaba el control y autoridad sobre todos los miembros de la familia, inclusive el derecho a privar de la vida a los hijos, cuando éstos cometían faltas. Después, atendiendo a casos concretos, se empezó a tener la posibilidad de juzgar a los padres, figura masculina, por infanticidio¹⁰².

¹⁰¹ Burdeos, Alejandro, *op. cit.* p.98.

¹⁰² Pérez Contreras, María de Montserrat, *Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas del 2014*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012, p. 503.

Este escenario, refleja una situación de autoritarismo por parte del progenitor hacia el hijo, sin ningún marco legal que rigiera esa situación tan vulnerable en la que se encontraban las niñas, niños y adolescentes.

De igual manera Ahumada señala que:

La noción de patria potestad de modo tradicional hace referencia a la relación entre el progenitor y sus hijos que gira en torno a los derechos absolutos del padre sobre estos; por el contrario, la noción de responsabilidad parental alude a la responsabilidad del progenitor solo o en atención con el grado de madurez y discernimiento suficiente de los hijos¹⁰³.

Asimismo, en la mayoría de los Estados de México figura en su legislación familiar o civil el régimen denominado guarda y custodia para referirse a los cuidados de las niñas, niños y adolescentes por parte de sus progenitores, con ello, reflejándose que existe una deficiencia de la buena utilización del lenguaje gramatical en los instrumentos del orden familiar en México, no obstante, que está reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e instrumentos internacionales el promover el respeto a los derechos humanos y deba prevalecer el Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes.

Además, es importante destacar que, en algunos códigos de América Central y Sudamérica, como lo es en El Salvador y Argentina, ya se encuentra implementado este régimen de responsabilidad y cuidados parentales con todas las modalidades que implican las relaciones de procuración y cuidados de las niñas, niños y adolescentes, implementando además esa terminología apegada a derecho, consolidando a las niñas, niños y adolescentes como sujetos propugnados de derechos, tanto a nivel internacional, nacional y local en diversos instrumentos jurídicos, mismo en donde queda como primordial obligación del Estado velar por los intereses de este grupo etario, al ser uno de los grupos vulnerables en México, asimismo repartiendo responsabilidad a los progenitores y diversos familiares que

¹⁰³ Ahumada, Mirta Ángela, *Responsabilidad parental de los progenitores adolescentes, impacto de la capacidad progresiva*, Universidad Empresarial, Argentina, 2016, p. 45.

procura el cuidado de las niñas, niños y adolescentes entorno familiar, educativo y social.

El cambio de paradigma de responsabilidad parental “se trata de un concepto importado originariamente de la literatura inglesa...”¹⁰⁴, con la que se pretende una transformación innovadora del término de guarda y custodia, para que se obtenga una mejor aplicación en el cuidado personal del Interés Superior de las Niñas, Niños y Adolescentes en México.

De acuerdo con Curti y Zanino:

El propio lenguaje ejerce una función pedagógica y simbólica esencial: ya no hablamos de guarda y custodia, sino de ‘responsabilidad parental’. Este término resulta acorde a la idea de la ‘democratización de las relaciones de familia’, impactando en forma directa en los vínculos entre padres e hijos, fomentando el acompañamiento, orientación y formación de los hijos, por sobre la jerarquización de la familia.¹⁰⁵

Por lo anterior, el cuidado de las niñas, niños y adolescentes se debe transformar en un concepto que privilegie la relación de los progenitores con los hijos de manera respetuosa a la persona de cada niña, niño y adolescente dentro de un núcleo familiar, dándose con ello ese tránsito de guarda y custodia a cuidados parentales.

¹⁰⁴ Basset, U. C., *La responsabilidad parental del Código Argentino proyectado en línea*, Prudentia Iuris, fecha de consulta en octubre 2019, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/responsabilidad-parental-codigo-argentino-proyectado.pdf>.

¹⁰⁵ Curtí, Patricio y Bárbara Zanino, “Alimentos en la responsabilidad parental, en el parentesco y en las relaciones estables de pareja, según el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Jurídica*, Argentina, 2015, núm. 26, p.40.

2.3.- Evolución de los derechos humanos, derechos fundamentales y las garantías

Los Derechos humanos como prerrogativas inherentes a las personas por el simple hecho de constituirse como tal, ha pasado por un estado evolutivo significativo para los paradigmas que se han ido presentando en la sociedad, “el proceso evolutivo de los derechos humanos ocurre en la etapa denominada especificación, que consiste en el paso gradual hacia un determinado o concreción de los sujetos titulares de esos derechos”¹⁰⁶.

Estos derechos pasan por una significativa lucha, siendo hasta el diez de diciembre de 1948 cuando fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos surgen con la creación de la Organización de las Naciones Unidas al finalizar la Segunda Guerra Mundial, además se presenta este fenómeno por la penuria de instrumentos internacionales, en los que el respeto a los Derechos Humanos se formara en conjunto con el interés común de los Estados¹⁰⁷.

Ante esta situación, Ortega señala que:

Nuestro país ha dado en los últimos años pasos significativos en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ratificar un número muy significativos de tratados internacionales de protección; (...) asimismo México es parte de la Convención Americana de Derechos

¹⁰⁶ Álvarez de Lara, Rosa María, *El concepto de niñez en la convención sobre los derechos del niño y en la legislación mexicana*, op. cit., p.12.

¹⁰⁷ Erazo Bautista, Edith Alicia, op. cit. p.12.

Humanos desde el veinticuatro de marzo del mil novecientos ochenta y uno¹⁰⁸.

Reforzándose con ello esa implementación de los derechos humanos, y asimismo cobrando un peso constante en la aplicación, respeto y promoción de estos derechos por parte del Estado.

De igual manera, Erazo señala que, “la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, es el primer instrumento internacional cuyos objetivos se basan expresamente en el respeto universal de los Derechos Humanos y es a partir de ella que los derechos humanos adquieren carácter internacional”¹⁰⁹, consolidándose así el objetivo principal que se buscaba obtener por parte de los Estados.

Sin embargo, esa lucha por el respeto a los derechos humanos es un escenario que parte de una visualización idealista, en cuanto que ese respeto aún no se presenta en su totalidad en el actuar de las autoridades y la sociedad, mismas que vulneran los derechos de las personas con las que interactúan día a día en diferentes aspectos.

En lo que respecta a los derechos humanos y las niñas, niños y adolescentes Álvarez de Lara señala¹¹⁰ que:

La Comisión Interamericana continúa precisando, que en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños se han fijado pautas adecuadas de orientación política y práctica relativas a la protección y al bienestar de los niños

¹⁰⁸ Ortega Soriano, Ricardo A., *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 23.

¹⁰⁹ Erazo Bautista, Edith Alicia, op. cit. p.15.

¹¹⁰ Álvarez de Lara, Rosa María, op. cit. p. 125.

privados del cuidado parental o en riesgo de perderlo, basadas también en los principios de excepcionalidad y temporalidad antes mencionados.

Es así, como los derechos humanos han ido transformando el concepto social que tienen sobre las niñas, niños y adolescentes, asimismo presentándose ese cambio de paradigma en cuanto al respeto y aplicación de sus derechos.

Por otra parte, en lo que concierne a la evolución de los derechos fundamentales, es un fenómeno que se presenta en diversas reformas constitucionales, y la principal es la reforma de junio del 2011, en donde versa ese reconocimiento a los derechos humanos y sus garantías, haciendo ese parteaguas entre derechos humanos y derechos fundamentales.

Las constituciones y diversos ordenamientos jurídicos vigentes hasta ese entonces habían reconocido de manera dispersa algunos derechos humanos, sin embargo, por primera vez, la Constitución de 1857 contenía un catálogo bien definido de derechos humanos que se denominaba "De los derechos del hombre". Por primera vez en el país, un texto constitucional desarrollaba en sus contenidos normas sobre derechos humanos desde la propia Constitución y no ya a través de la legislación secundaria como se había hecho con anterioridad. La Constitución estableció en la sección I del título I la denominación "De los derechos del hombre", concretamente en los artículos 1 a 29 (tal y como se estableció en la Constitución de 1917 con la denominación de garantías individuales)¹¹¹.

Este es uno de los precedentes más reconocidos dentro del reconocimiento de los derechos fundamentales, que dieron origen a esa diferenciación entre los derechos humanos y los fundamentales, así como las garantías, mismas que se inician a clasificar de libertad, sociales y jurídicas, siendo que de acuerdo con Ovalle¹¹²:

¹¹¹ Carreón Gallegos, Ramon Gil, *Los derechos Fundamentales en México, su Genesis y evolución, Tesis Doctoral, Universidad Carlos II, Madrid, 2016, p. 86.*

¹¹² Ovalle Favela, *Derechos Humanos y garantías constitucionales, Boletín Mexicano del Derecho Comparado, México, 2016, p. 45*

El decreto publicado en el DOF del 10 de junio de 2011, que modificó la denominación del capítulo I del título primero de la Constitución Política y reformó diversos artículos de esta, sustituyó, en términos generales, la expresión “garantías individuales” por la de “derechos humanos”. El texto actual del párrafo primero del artículo 1o. de la Constitución es el siguiente:

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

En el párrafo transcrito se distingue entre los derechos humanos y las garantías para su protección. Esta distinción no se había hecho en las Constituciones ni en los proyectos constitucionales (...)

El concepto de derechos humanos tiene carácter fundamentalmente sustantivo, y comprende los diversos derechos que la Constitución Política y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte reconocen a las personas, en cuanto que son inherentes a su dignidad humana: el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad, a la protección de la honra y la dignidad, son los derechos que originalmente fueron considerados naturales, inalienables e imprescriptibles por los filósofos iusnaturalistas y de la Ilustración, y como tales fueron reconocidos en las declaraciones de derechos de los Estados que se formaron a partir de las colonias inglesas en América (de 1776 a 1784) y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Esta reforma, consolidó diversos puntos clave, que dieron impuso al respeto, promoción y vigilancia por parte del Estado a los derechos humanos y fundamentales de las personas, así como sus garantías como mecanismos para su protección y aplicación, además de la implementación del paradigma de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito constitucional.

2.4.- Evolución del término menor a la transición de niñas, niños y adolescentes

El término de niñas, niños y adolescentes, para que llegara hasta esta posición ha sido uno de los fenómenos con mayor dificultad para que sea empleada por el total de las personas, puesto que sigue existiendo esa imposición de mencionar al niño como menor.

En este contexto, Hernández menciona que:

Actualmente, en lo que concierne al ámbito jurídico el vocablo menor implica un cambio de paradigma vinculado a las condiciones sociales y tecnológicas contemporáneas, así como a la constitución de los derechos democráticos que en conjunto han ampliado la esfera de derechos, deberes y obligaciones del individuo¹¹³.

Estamos de acuerdo con esta autora, en cuanto que es un cambio de paradigma muy marcado en la historia jurídica, debido a que empieza ese tránsito de ser objetos de protección a ser sujetos de derechos, mismo que son reconocidos a nivel internacional, nacional y estatal.

Asimismo, Hernández y Castillo señalan que “la noción de infancia tiene su propia historia y el concepto ha ido cambiando en el decurso del tiempo. Antiguamente, a los niños se les veía como una especie de adultos en pequeño, y desde muy temprana edad se les comenzaba a exigir casi las mismas obligaciones que a las personas mayores”¹¹⁴, haciendo hincapié en que son varios los autores que manejan esta postura de como significativamente ha ido evolucionando esta concepción de las niñas, niños y adolescentes, al nivel de modificar el termino por

¹¹³ Hernández Domínguez, Enma Estela, *Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de los derechos de la infancia en México*, México, TIRANT LO BLANCH, 2019, p. 29.

¹¹⁴ Hernández Domínguez, Enma Estela, Castillo Santiago, *El interés superior del menor en la doctrina internacional*, México, tirant lo blanch, 2019, p.62

el que deberán referirse como personas a las cuales se les debe reconocer sus derechos.

Ante esta evolución del término menor Contró menciona que:

El concepto de niño fue desarrollándose a lo largo de la historia como resultado de diversas circunstancias. Durante siglos fue considerado un renuevo de la estructura social, su valor estaba determinado por su pertenencia a una familia y como tal se consideró en las primeras atribuciones de derechos subjetivos que lo excluyeron como titular individual¹¹⁵.

Con relación a dicha argumentación, puede apreciarse que el término menor pertenece a la época del patriarcado, en cuanto que esa denominación iba encaminada a una exclusión de los derechos humanos y fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, asimismo no gozaban de una protección jurídica que velara por su sano esparcimiento y desarrollo físico psíquico y social.

Asimismo, la expresión menor, era impropio al concepto de persona, debido a que no eran respetados como tales, en cuanto que en Roma había muchas muertes de niñas y niños, sin existir una investigación a esas muertes por parte de las autoridades, siendo que en esa época lo veían como algo normal.

Por otra parte, el término de niñez, en su momento era una denominación mal estructurada, ya que de acuerdo con Álvarez:

La situación de las niñas y niños, a lo largo de la Edad Media, permanece en las sombras, si bien con el advenimiento del cristianismo se proscribieron todas aquellas prácticas contrarias a éstos, y es a partir del siglo XIV donde algunos autores suponen que se comienza a conceder cierta importancia a la infancia¹¹⁶.

¹¹⁵ González Contró, Mónica, *Derechos Humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p.17

¹¹⁶ Álvarez de Lara, Rosa María, *op. cit.* p.12

Sin embargo, en el siglo veinte, empieza a surgir la preocupación del Estado hacia las niñas y niños para que se les respeten mejores condiciones de salud, educación, alimentación y protección jurídica, con ello existiendo un gran avance sobre la protección a nivel internacional de las niñas, niños y adolescentes.

Por otra parte, Galeana, menciona que:

Los estudiosos de la historia de la infancia sostienen que el concepto de niño apareció en Europa alrededor del siglo XVII, para ello se basan en las representaciones pictóricas de las niñas y niños que anteriormente los mostraban como adultos en miniatura, es decir, sin las proporciones propias de una niña o niño.¹¹⁷

Observamos además en esta cita, que la autora al referirse a las representaciones pictóricas de niños a figura de adultos no era equivocada, en cuanto que en la historia la niña, niño y adolescente realizaban tareas de adultos y además eran ellos quienes trabajaban para las necesidades de la casa.

Así es como comienza a dejarse a un lado el término menor por niño, sin embargo, con la reforma constitucional en el año dos mil once, se establece un derecho más incluyente por lo que se implementa el término de niñas, niños y adolescentes para referirse a estas personas, sin embargo, esta autora no está de acuerdo a que se inserte el de adolescentes porque la convención señala que niño es todo aquel que tenga la edad de diecisiete años hacia atrás, y el ser adolescente solo implica una etapa más de desarrollo en la vida de las niñas y niños.

De igual manera Ortega menciona que “la palabra ‘niño’, ha poseído, en un sentido más biológico o biopsíquico que jurídico, y en este sentido que corresponde al uso popular del término, contrasta con el adolescente, joven, adulto o anciano”.¹¹⁸

¹¹⁷ Galeana, Patricia, *El concepto de niño*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, p.2.

¹¹⁸ Galeana, Patricia, *op. cit.*, p. 14

Consideramos que, de cierta forma si tiene que ver con lo jurídico porque al final, la legislación siempre hace una distinción entre la capacidad de goce y de ejercicio, sin embargo, con el ahora termino de capacidad progresiva y el principio del interés superior de la niñez esto va quedando en un estado de incongruencia.

2.5.- Progreso de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho

Resulta muy preocupante que sea tan común encontrar niñas, niños y adolescentes que no conozcan cuáles son sus derechos y que cada día sean vulnerados por razones derivadas de la falta de cultura e información de los progenitores y todos los adultos que los rodean, la ineficiencia de las políticas públicas y la falta de respeto hacia estas niñas, niños y adolescentes que los dejan de considerar como sujetos capaces de ejercer sus derechos.

González, expresa que existen cuatro problemas en el tema de los derechos de niñas, niños y adolescentes y son:

- a) la falta de una teoría que permita reconocer a los niños como verdaderos titulares de derecho, b) el debate sobre la interpretación de los contenidos de los derechos, c) la efectividad de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, d) la dificultad para integrar los instrumentos de derecho internacional al derecho nacional¹¹⁹.

Al respecto, se considera una aportación inédita, debido a que este paradigma sobre el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes es un tema que resulta controversial, en cuanto que, a pesar de ser derechos reconocidos a nivel internacional, no son respetados y existe una vaga aplicación de estos derechos dejando a un lado a las niñas, niños y adolescentes, sin darles la oportunidad de que ejerzan sus derechos.

¹¹⁹ González Contró, Mónica, *Los derechos de las niñas y los niños a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, *isonomía*, núm. 41, 2014, p. 9

De igual manera, Hernández y Castillo al empezar un estudio de la concepción de las niñas, niños y adolescentes, “se observa que no es sino hasta el siglo XX, con la formalización de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando la niñez, apenas es reconocida como una etapa con sus propias características y necesidades y precariamente se reconoce al niño como persona con derechos, a la identidad, a la dignidad y a la libertad”¹²⁰, siendo entonces con el reconocimiento de la Convención un auge hacia la promoción y respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

En lo relativo a este tema, a su vez Hernández y Castillo, argumentan que “la conquista del concepto de niño como sujeto de derechos y como persona con necesidades específicas de desarrollo ha sido progresiva (...) dicho concepto ha permitido descubrir los orígenes complejos y los rasgos característicos de los infantes en sus diversas etapas, y la representación social [de las niñas, niños y adolescentes] a través del tiempo”¹²¹, esta importante avance durante el transcurrir del tiempo es importante sigan siendo reafirmados, reconsiderados y estudiados en todo momento sin dejar de promover políticas públicas para su aplicación y respeto.

De acuerdo con González:

La dificultad de reconocimiento de los niños como verdaderos titulares de derecho hunde sus raíces en la génesis misma del moderno concepto de derechos humanos, con las primeras formulaciones de finales del siglo XVIII, y en este sentido en el caso de los niños el proceso de especificación de los derechos ocurrió de forma inversa al del resto de los titulares: primero se reconocieron los derechos económicos, sociales y culturales, que implican

¹²⁰ Hernández Domínguez, Enma Estela, Castillo Santiago, El interés superior del menor en la doctrina internacional, *op. cit.*, p.62.

¹²¹ Hernández Domínguez, Enma Estela, Castillo Santiago, *El interés superior del menor en la doctrina internacional*, *op. cit.*, p.64.

obligaciones positivas, y posteriormente, en un proceso que aún no concluye y que ha encontrado numerosos obstáculos en el camino¹²².

Asimismo, el que se hayan reconocidos los derechos de las niñas, niños y adolescentes a nivel constitucional, no implicó un respeto y aplicación de estos derechos, esto debido a que a las niñas, niños y adolescentes son considerados todavía por los adultos como personas incapaces de ejercer sus derechos por sí solos y por la mayoría siguen considerándose objetos de protección y no sujetos de derechos.

2.6.- Origen de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

El estudio de los derechos de niñas, niños y adolescentes es uno de los fenómenos más importantes en este cambio de visualización de estas niñas, niños y adolescentes al dejar de concebirlas como objetos de derecho y darles ese reconocimiento de sujetos de derecho.

Hernández y Castillo mencionan que: “en las últimas décadas se ha generado, en el mundo occidental, un consenso respecto a que las niñas y niños son titulares de derechos, esta titularidad comprende el reconocimiento de tales derechos desde el ámbito político, filosófico y jurídico”¹²³; cabe resaltar por estos autores que ese reconocimiento y aceptación por parte de la sociedad a los derechos de las niñas, niños y adolescentes es un fenómeno que sigue en transición, puesto que no son respetados ni aplicados de manera adecuada ni atienden sus necesidades de este grupo etario.

En épocas atrás los derechos de las niñas, niños y adolescentes se encontraban en la penumbra, por lo que no existía justicia para ellos y mucho

¹²² González Contró, Mónica, *Los derechos de las niñas y los niños a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *op. cit.*, p. 12.

¹²³ Hernández Domínguez, Enma Estela, Castillo Santiago, *El interés superior del menor en la doctrina internacional*, *op. cit.*, p.62.

menos se les consideraba como sujetos de derecho, asimismo en su núcleo familiar eran tratados como objetos o cosas sin ninguna consideración por brindarles educación, salud, diversión, amor y cuidados.

Así es como los derechos de las niñas, niños y adolescentes “no tiene su origen en las leyes positivas, sino en el Derecho Natural...”¹²⁴, debido a que los hechos que en el transcurrir del tiempo se presentaban actos por parte del Estado, los progenitores, familiares y amigos que transgredían la integridad de las niñas, niños y adolescentes.

Gonzales, señala que “en la antigüedad, el maltrato infantil fue una práctica generalizada, ya que los niños fueron objeto de las proyecciones de sus progenitores y eran ellos quienes satisfacían las necesidades de los adultos”¹²⁵, siendo esto una situación desventajosa para estos seres humanos, en cuanto que al crecer bajo esa situación se acoplaban a una subordinación de autoridad en vez de una relación paterno filial amorosa.

Otro fundamento en Roma que establecía una vulnerabilidad a la integridad de las niñas, niños y adolescentes se encuentra:

En la Ley de las XII tablas, siendo el Código más antiguo del Derecho Romano, destacando de la IV tabla que: 1.- El padre puede matar al hijo que nace monstruoso o con gran deformidad; 2.- El padre tiene derecho de venta y el de vida y muerte sobre sus hijos de legítimo matrimonio; 3.- Vendido el hijo por su padre y

¹²⁴ Erazo Bautista, Edith Alicia, *Cumplimiento del derecho de opinión de las niñas, niños y adolescentes declarados en estado de adaptabilidad, dentro del proceso de protección integral*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2014, p.10.

¹²⁵ Gonzales Contró, Mónica, *Derechos Humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, op. cit., p.19.

manumitido por el comprador, vuelve al poder de su padre las dos primeras veces que esto suceda; pero a la tercera manumisión queda libre¹²⁶.

Esta era una legislación, sin respeto a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, debido a que eran tratados como objetos de venta y desecho si tenían algún defecto, refiriéndose así a una imposibilidad en su desarrollo físico.

Por esto, Roldán argumenta que “antes se esperaba que el(la) niño(a) permaneciera callado(a) delante del(la) adulto(a): `en su lugar´. Este lugar del(la) niño(a) ya no es el mismo en la era de los derechos.”¹²⁷, retomando lo anterior consideramos que es muy certero ese argumento, debido a que con ese reconocimiento a nivel internacional de derechos a estas niñas, niños y adolescentes enmarca un gran avance para su crecimiento y desarrollo vital como seres humanos.

En este sentido, Erazo menciona sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes que “la evolución histórica de los mismos seguiría las mismas etapas que, la de los derechos humanos, es decir: la prepositivación, positivación, generalización, internacionalización y especificación”¹²⁸; siendo esto algo muy pronunciado en el transcurrir de los años, en cuanto que ha pasado ya por una prepositivación, encaminado a un reconocimiento en los instrumentos jurídicos internacionales e internos de los diferentes Estados.

Asimismo, otro del antecedente a destacar sobre el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes lo encontramos en el año de 1966 cuando son aprobados el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así

¹²⁶ Morales Ignacio, José, *Derecho Romano*, 2ª ed. México, editorial Trillas, 2010, p.170.

¹²⁷ Roldán Vargas, Ofelia, *Niñez y juventud latinoamericanas*, Chile, Cinde, 2009. P.12

¹²⁸ Erazo Bautista, Edith Alicia, *op. cit.*, p. 14.

como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹²⁹, siendo estos dos instrumentos más a nivel internacional que enmarcan los derechos de las niñas, niños y adolescentes para que asimismo se les tenga un respeto a su persona y sean aplicados.

En esta misma tesitura, “algunos antecedentes de la protección especial a la niñez se ubican en Francia, donde a mediados del siglo XIX la legislación comenzó a protegerla”¹³⁰, derivándose de ahí instrumentos internacionales y nacionales para su aplicación dirigida a niñas, niños y adolescentes.

Conjuntamente, López, señala que:

En la antigüedad no se reconocía a la infancia como etapa, sino que hasta el siglo XVII, no hubo un sentimiento por la infancia... en cuanto que, en las distintas etapas históricas, como lo es en Grecia, se clasificaba brindar educación solo a los niños y no a las niñas, el niño y la niña eran considerados como homúnculo y no existía referencias de amor o ejercicio de derechos para el buen desarrollo de niñas, niños y adolescentes¹³¹.

La evolución actual del paradigma jurídico sobre el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes ha permitido que crezca el pensamiento sobre los derechos humanos y así les sean reconocidos a todas las personas por el simple hecho de ser personas, sin distinción de edad, raza, nacionalidad entre otros aspectos, por lo que el Estado debe garantizar y prever una efectiva aplicación.

¹²⁹ Galeana, Patricia, *op. cit.*, p.24.

¹³⁰ Aguilar Morales, María, *Interés superior del menor, su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p 16.

¹³¹ López Galicia, Marco Antonio, *op. cit.*, p.7.

En este contexto, López, señala que:

Las niñas y niños tienen derechos, pero generalmente se sigue considerando que se desarrollan de una manera dosificada que no coincide con la realidad actual, porque la representación social es sesgada por seguir considerando que son objeto de protección tutelar y no seres con un desarrollo integral acorde a su etapa especial de vida.¹³²

Consideramos que este autor tiene razón en su texto, debido a que a pesar de que los derechos de las niñas, niños y adolescentes están reconocidos a nivel internacional, nacional e incluso a nivel local, los derechos de estas personas no son aplicados ni respetados en un cien por ciento, sin embargo existen fundamentos jurídicos muy importantes para su aplicación y protección, pero esto se debe en la mayoría de las situaciones porque no existe una cultura en la sociedad en donde se considere a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, es un fenómeno que todavía pesa en la sociedad para que se dé su verdadero reconocimiento y sean valorados como sujetos de derechos.

Es así como, González¹³³ argumenta que:

El niño y la vida familiar en el antiguo régimen (1987), constituye uno de los primeros intentos por escribir una historia de la infancia, tarea difícil por corresponder al ámbito de la vida privada; (...) durante siglos los niños no fueron diferenciados de los adultos, y que hasta este periodo no se comienza a realizar una distinción, en la historia de la infancia (1982), (...) la infancia fue ignorada durante siglos, este desconocimiento fue causa de que los niños fueran maltratados a lo largo de todo este tiempo por sus padres, debido a las ansiedades que despertaban en ellos. (...) La evolución psíquica de una sociedad sería posible entonces por el desarrollo de la capacidad de los adultos de aproximarse a la infancia con un menor grado de ansiedad cada vez. Este proceso es de una importancia tal que las prácticas de crianza de una comunidad no

¹³² López Galicia, Marco Antonio, *op. cit.*, p.37.

¹³³ González Contró, Mónica, *Derechos Humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, *op. cit.* pp. 17-18.

constituyen únicamente uno de sus rasgos culturales, sino que son la condición misma de la transmisión y desarrollo de todos los demás elementos culturales e imponen límites concretos a lo que se puede lograr en todas las demás esferas de la historia. Para que se mantengan determinados rasgos culturales; (...) el maltrato infantil fue una práctica generalizada, ya que los niños fueron objeto de las proyecciones de sus progenitores y eran ellos quienes satisfacían las necesidades de los adultos.

De esta manera, la autora expresa que el no darle su lugar en el ámbito jurídico a las niñas, niños y adolescentes se deriva esta difícil tarea de inculcar a los adultos respetar a estos seres, mismos que durante mucho tiempo les sirvieron y fueron objetos de maltrato y autoritarismo sin existir en cierto grado esa relación paterno filial, en donde debió importar el cuidado persona, y responsabilidad de los progenitores para con los hijos y así brindar amor y respeto a su persona.

Por otra parte, en cuanto a la época del Renacimiento, que es en donde se dan las mejoras económicas y es cuando el respeto hacia las niñas, niños y adolescentes se fortalece, en cuanto que González menciona¹³⁴:

Que se debilita la referencia a los antepasados y se establece una nueva relación con el niño. En las ciudades surge la familia nuclear (en contraposición a la familia troncal), hay menos espacio y menos tiempo y, entre otras cosas, se permite a la madre elegir entre criar ella misma a su hijo o encomendar la tarea a una niñera. Durante el Renacimiento se extienden también las instituciones destinadas a recoger y atender a los niños abandonados.

Los cambios operados durante esta época tuvieron como consecuencia el surgimiento de una incipiente literatura sobre la infancia, en la que moralistas y educadores se pronunciaban a favor o en contra de algunas prácticas de crianza y daban consejos para la formación durante los primeros años de la vida, aunque los contenidos de estas obras se limitaron en un principio a comentarios basados en

¹³⁴ González Contró, Mónica, *Derechos Humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, op. cit. p. 31.

observaciones esporádicas y de sentido común, sin sustento en estudios sistemáticos.

Relacionando el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes con el desenvolvimiento y participación de las mujeres en el mercado laboral, trayendo como consecuencia una tendiente vulneración al cuidado de las niñas, niños y adolescentes, al no existir una cultura de crianza por ambos progenitores a lo largo de la historia.

En este sentido, cabe resaltar lo que Ortega señala:

A partir de la Convención Sobre los Derechos del Niño, de 1989, la Organización de las Naciones Unidas se caracteriza por un cambio en la forma en que se concibe a las niñas y a los niños y a sus derechos: A) En principio las niñas y los niños no son objetos de protección del derecho sino sujetos titulares de derecho. B) El Estado tiene la obligación de garantizar que las niñas y los niños puedan ejercer plena y efectivamente esos derechos. C) Se impone límites a la autoridad respecto a las facultades que tienen en relación con las niñas y niños¹³⁵.

Destacando de lo anterior, que existen factores importantes para el estudio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, siendo la no discriminación, el respeto al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y la participación por parte de estas personas en cualquier ámbito de su interés.

En esta dirección, Palau, menciona que:

Los primeros orfanatos para niñas y niños surgen entre los siglos XV y XVI, como el Instituto de los Inocentes que existía en Florencia en 1419, y se crearon como una forma de ejercer control sobre aquellos niños considerados como irregulares o

¹³⁵ Ortega Soriano, Ricardo A., *op. cit.* pp. 25-26.

peligrosos y socialmente desadaptados, es decir según el entendimiento de la época, apartar a los indeseables era la forma en que ejercían sus derechos¹³⁶.

Es así como, en el transcurrir del tiempo las instituciones representantes de las niñas, niños y adolescentes para brindar educación han ido evolucionando en pro de sus derechos y libre desarrollo y sano esparcimiento, sin embargo, anteriormente el ejercicio de estos derechos no significaba nada para los progenitores de estas niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, se observa que este período de vida por las que pasan las personas ha pasado por distintas formas en el suceder de los años, en donde fueron varios años por los que se desconocieron los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en cuanto que eran educados para ser adultos desde precoz edad.

Por ello, López argumenta que en esas épocas “se notaba que había un interés por condicionar al niño. No se observaba como algo importante su proceso cognitivo, ni su particular visión del mundo y sus necesidades integrales”¹³⁷.

De acuerdo con Ortega¹³⁸:

Los primeros esfuerzos a nivel internacional para lograr el reconocimiento de derechos propios de niñas y niños y su respectiva protección jurídica se llevaron a cabo en la declaración de Ginebra de 1924. (...) teniendo lugar en un periodo cercano a dos guerras mundiales de principios del siglo XX, en donde existía crisis jurídica, política y social.

¹³⁶ Palau, Magdalena, *Guía de trabajo para el abordaje con niñas, niños y adolescentes separados de sus familias. Revisión histórica y modelos de aplicación*, Paraguay, Enfoque niñez, 2012, p. 10.

¹³⁷ López Galicia, Marco Antonio, *Una mirada a los derechos de las niñas y los niños: su resignificación*, *op. cit.*, p.23.

¹³⁸ Ortega Soriano, Ricardo A., *op. cit.* pp. 28-29.

Considerándose además un instrumento internacional muy importante para el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

De igual manera, Erazo señala que:

Al referirse a los Derechos del Niño como especificación de los Derechos Humanos en general, es importante mencionar especialmente dos etapas, la internacionalización y la especificación. La primera etapa ubica como antecedente fundamental, la promulgación de la Declaración de Ginebra en 1924 hasta la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1959¹³⁹.

Siendo un punto fundamental en el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, debido a que en estos instrumentos se dio por primera vez un reconocimiento a los aspectos esenciales de la vida de las niñas, niños y adolescentes.

Por otra parte, Ortega¹⁴⁰, realiza una argumentación con relación a este reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescente en el que dice que:

Es evidente que la especificidad de los derechos de libertad del niño se justifica en la necesidad de equilibrar la exigencia de tutelar algunas manifestaciones de autodeterminación del menor, con la exigencia de evitar que dichas manifestaciones lesionen, o comprometan, su desarrollo psicofísico. En otras palabras, también los nuevos derechos del niño deben contar con la intervención de los adultos: sobre el plano conceptual, esto impide concebir el deber correlativo a tales derechos en un sentido meramente negativo.

El mencionar los nuevos derechos de las niñas, niños y adolescentes, consideramos que es una frase errónea, debido a que este grupo de personas por el hecho de constituirse como persona tiene todos los derechos atribuidos a su ser,

¹³⁹ Erazo Bautista, Edith Alicia, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁰ Ortega Soriano, Ricardo A, *op. cit.*, p. 45

resultando entonces una situación que a lo largo de los años no fueron considerados por no estar plasmados en un documento específico que dejara protegidos y valorados como sujetos de derechos a las niñas, niños y adolescentes en el núcleo familiar y social.

En contraparte, Erazo expresa que:

Los tratadistas que consideran que los Derechos Humanos son “nuevos”, sitúan su evolución en tres etapas: a) etapa de “inexistencia” de derechos; b) etapa de “incapacidad” de la infancia para ejercer derechos y c) etapa de “capacidad” de la infancia para ejercer derechos. La primera etapa abarca desde el siglo XIII al siglo XVII; en ella no se reconocen los derechos de la infancia, ya que ésta no existe con una categoría social diferenciada respecto de los adultos. La segunda etapa abarca desde el siglo XVIII hasta finales del siglo XX; en ella se descubre a la infancia como “sujeto de derechos”, pero entendida como “sujeto pasivo” de derechos, es decir, como un sujeto incapaz de ejercerlos por cuenta propia¹⁴¹.

El que se de ese tránsito en el que las niñas, niños y adolescentes se consideren objetos de protección a sujetos de derechos, es un cambio de paradigma en el que muchos lo dejan en nuevos derechos, sin embargo, el hecho de que no se les respetara sus derechos como seres humanos, tuvo que haber ese tránsito en el que a las niñas, niños y adolescentes se les colocara en ese patrón de grupo vulnerable.

Este fenómeno que se presentó con relación a la protección y reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes “ha quedado plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y ha sido ratificado por el Poder Judicial de la Federación”¹⁴², razón por la cual este es un paradigma en tránsito de aceptación por parte de la sociedad.

¹⁴¹ Erazo Bautista, Edith Alicia, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴² Hernández Domínguez, Enma Estela, *Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de los derechos de la infancia en México*, ob. cit., p.30.

2.7.- Origen del principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes

El principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes a principios del siglo XX, se produce un significativo cambio para la interpretación de cada caso en particular en el que estuviera de por medio una niña, niño o adolescente, puesto que los operadores jurídicos deberían tener presente este principio al momento de emitir una resolución.

Este principio “era utilizado anteriormente en el derecho de familia, con enfoques éticos o con una perspectiva y aplicación limitadas, y con planteamientos y alcances diferentes...”¹⁴³, esto siendo que era aplicado a casos que no tenían de por medio la participación de una niña, niño o adolescente en el juicio.

Es así como, “en Europa se ha de esperar hasta mediados del siglo XX, después de la II guerra mundial, para que este principio empiece a cobrar fuerza”¹⁴⁴, sin embargo, existiendo anomalías para su interpretación y aplicación de una manera adecuada.

De acuerdo con González, “el principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el Derecho Internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como del derecho codificado”¹⁴⁵, queriendo mencionar estos autores que González en su mención de que el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes no es nuevo, estamos en desacuerdo a al momento de su aplicación en cuanto que muchos operadores jurídicos desconocían de este principio al momento de su aplicación.

¹⁴³ Hernández Domínguez, Enma Estela, Castillo Santiago, El interés superior del menor en la doctrina internacional, *op.cit.*, p.50.

¹⁴⁴ Fariña, Francisca, *op. cit.* p. 149.

¹⁴⁵ González Oviedo, Mauricio, *op. cit.* p.37

No obstante, Hernández y Castillo mencionan que “el concepto interés superior del menor, como principio jurídico general, no tiene larga data en el mundo del derecho, pues su tratamiento se inició hace treinta años, aproximadamente, en la actualidad hay un cierto abuso del término y una hipertrofia semántica y normativa de la expresión y de su uso”¹⁴⁶, a decir verdad, el crecimiento de aplicabilidad e interpretación de este principio tal y como lo mencionan los autores, ha ido en incremento, puesto que en los instrumentos jurídicos internacionales, nacionales, y locales se reconoce y su aplicación es más constante en los juicios en los que versan las niñas, niños y adolescentes.

En México, se hace referencia al principio del interés superior de la niñez a partir de la reforma del artículo cuarto constitucional, en el año dos mil once, reforma que a su vez establece un avance respecto a los derechos humanos así como un derecho más incluyente, señalándose específicamente que “el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”¹⁴⁷, puesto que ese es el objetivo primordial del principio superior de las niñas, niños y adolescentes.

2.8.- Origen del principio de autonomía progresiva

Las niñas, niños y adolescentes han sido caracterizados por no tener la capacidad de expresar lo que les gusta o quieren hacer, siempre ha existido esa imposibilidad, debido a que son los progenitores y las personas adultas que los

¹⁴⁶ Hernández Domínguez, Enma Estela, Castillo Santiago, *El interés superior del menor en la doctrina internacional, op. cit.*, p.55.

¹⁴⁷ González Contró, Mónica, *Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, el interés superior del niño en los criterios judiciales*, México, Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2015, p. 153.

rodean quienes opinan y asignan tareas a las niñas, niños y adolescentes, sin darles una participación para ejercer sus derechos.

Burdeos, señala que:

La regla de la autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo 'la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la convención sobre los derechos del niño'¹⁴⁸.

De acuerdo con lo anterior, consideramos que la evolución que ha tenido el principio de capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes esta enfatizado a garantizar su derecho a participar, ser escuchado y a que emita su opinión de manera informada y libre.

Este principio de autonomía progresiva en niñas, niños y adolescentes implica en la actualidad una mayor participación en sus situaciones de interés además de que se le da la pauta a las niñas, niños y adolescentes a ser personas respetadas en sus opiniones de manera informada.

El principio de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido que la noción de potestad de los padres sobre los hijos pese a la de responsabilidad, atendiendo su "evolución de las facultades, dirección y orientación apropiadas para que la niña, niño y adolescente ejerza sus derechos"¹⁴⁹, con ello marcando una diferencia basta sobre objeto y sujeto de derechos.

¹⁴⁸ Burdeos, Florencia, *op. cit.* p. 102.

¹⁴⁹ Burdeos, Florencia, *Derecho de Alimentos derivados de la responsabilidad parental en el nuevo código civil*, Argentina, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016, p.102.

2.9.- Inicios del acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes

De acuerdo con el contenido de las XII tablas, en Roma no existía una regulación de los juicios en donde se vieran involucrados las niñas, niños y adolescentes, en cuanto que en esas épocas eran vistos como objetos de los cuales tenían poder los progenitores, empero, existían otros procesos romanos con un rígido sistema que Castrillón retoma de Gómez, el cual señala que:

... las acciones son procedimientos rigurosos enmarcados dentro de un ritualismo vecino a la religiosidad, que parece encontrar fundamento en la Ley de las XII tablas, al que solo tenían acceso los ciudadanos romanos patricios, que no eran peritadas a extranjeros ni peregrinos, y que más que una clasificación genuina de acciones, eran formas autorizadas de procedimientos con características de rigor y formalismo propio¹⁵⁰.

Destacando de la cita textual anterior, que los procedimientos que se establecieron en Roma no consideraban ni siquiera a las niñas, niños y adolescentes como parte procesal en un juicio, siendo además que no instauraron ningún espacio recreativo para ellos en el ámbito judicial, para que tuvieran una participación en algún procedimiento.

Por otra parte, trasladándonos a España, por cuanto hace a su historia de acuerdo con Oliva, “La ley de las siete partidas constituye uno de los trabajos jurídicos más notables elaborados por el Rey Alfonso X, las cuales constituyen la más extensa exposición del derecho común- románico redactada en lengua vulgar de todo el medievo la obra más importante de toda la historia del derecho español”¹⁵¹.

¹⁵⁰ Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho procesal civil*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 2014, p.3.

¹⁵¹ Oliva Gómez, Eduardo, *El divorcio incausado en México*, México, Ed. Moreno, Editores México, 2013, p. XVII.

Asimismo, de un análisis de esta Ley, con relación a las bases del proceso, la Partida Tercera, título II, se establece que en esta partida se le otorgaba a los hijos y a los nietos el derecho de poder presentar demanda en contra de sus padres y abuelos¹⁵². Siendo ahí uno de los primeros antecedentes de la apreciación del niño capaz de participar en un procedimiento, pero sin ningún reconocimiento claro de sus derechos todavía en un instrumento jurídico, en tanto que todavía no se les consideraba como sujetos de derechos, sino como un objeto al estar en custodia de los progenitores.

Por igual la doctrina señala que “en América Latina en la última década en el campo de la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se trata del proceso de adecuación del orden jurídico de cada país a las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁵³, reflejándose en este texto que la creación de la Convención fue un paso gigante para el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Hay que mencionar, además, que:

En diez años todos los países de América Latina, con excepción de la Argentina, Chile, México y Uruguay, han abandonado, con mayor o menor éxito, los modelos asistencialistas tutelares característicos de las legislaciones de menores previas a la Convención sobre los Derechos del Niño y han creado, también con mayor o menor acierto ya sea en la letra de la ley, ya sea en su implementación, nuevos sistemas para regular la condición jurídica de la infancia y la adolescencia.¹⁵⁴

¹⁵² *Las siete partidas de Alfonso el Sabio, Tercera partida*, Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/>, consultado el 5 de diciembre del 2019.

¹⁵³ Cillero Bruñol, Miguel, López Oliva, Miguel, *et. al.*, *Justicia y derechos del niño*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. UNICEF, 2016. p. 10.

¹⁵⁴ Cillero Bruñol, Miguel, López Oliva, Miguel, *et. al. op. cit.* p.15

Atendiendo lo anterior, este proceso evolutivo de los derechos de las niñas, niños y adolescentes ha sido uno de los fenómenos con mayores cambios, mismo que carecen de modelos adecuados y personal capacitado para llevar a cabo los procedimientos en los que se vean implicadas niñas, niños y adolescentes.

Por otra parte, el que se le brinde ese respeto a la justicia, implica un crecimiento cultural a dar por aceptado que las niñas, niños y adolescentes son personas propugnadas por un principio y además son importantes y tiene derecho a ejercer su participación de modo que se ejerzan sus demás derechos.

2.9.1.- Evolución del derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en asuntos de su interés

El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en juicios de su interés, asimismo emitir su opinión y participar de manera informada, es un estallido con el antiguo concepto sobre capacidad de ejercicio no atribuidos a ellos por no tener la mayoría de edad, sin embargo, ahora a la niña, niño o adolescente tendrá que ser escuchados en controversias que este de por medio su cuidado personal.¹⁵⁵.

Por otra parte, Fernández señala Sobre el derecho de la niña, niño y adolescente a ser escuchado y su participación en el proceso civil, el Comité de los Derechos del Niño, a través de su Observación General que:

En los casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o por mutuo acuerdo de los padres. Muchas jurisdicciones han incluido en sus legislaciones,

¹⁵⁵ Álvarez de Lara, Rosa María, *op. cit.* p.10.

respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al interés superior del niño.¹⁵⁶

Sin embargo, este derecho resulta igual de importante que los demás, en cuanto que todos los derechos de las niñas, niños y adolescentes van entrelazados unos con otros siendo en específico el derecho a participar en juicios de su interés, ser escuchados y emitir su opinión de manera informada y con la libertad de expresión son varios derechos que se reflejan en el progreso participativo de las controversias del orden familiar.

En este mismo contexto Muñozcano, refiere que las niñas, niños y adolescentes son:

Sujetos y actores sociales, participes de su propia realidad, que poseen características propias, así como derechos, especificidades propias de su edad, de acuerdo con el conocimiento y relación que tengan con su mundo y sus interrelaciones que desarrollen con su entorno ya sea en la institución familiar o educativa, generando habilidades propias, e interrelacionándose con otros que habitan el entorno social en el que se desenvuelven.¹⁵⁷

De acuerdo con lo que señala Muñozcano, esta autora considera que es una de las conceptualizaciones más apegada a realidad, debido a que se basa en las características de estas niñas, niños y adolescentes, los cuales deben considerarse como uno solo, en cuanto que no debe existir discriminación y considerarlos sujetos de derecho y sociales.

En este mismo contexto, Pérez dice que “el derecho a expresar su opinión implica que se les tome su parecer respecto de los asuntos que les afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernan, además de que se les escuche

¹⁵⁶ Fernández Espinoza, Williams Homer, *La autonomía Progresiva del niño y su participación en el proceso judicial*, op. cit., P. 151.

¹⁵⁷ Muñozcano Skidmore, Ma. Dolores, *Marco teórico conceptual sobre menores VS niñas, niños y adolescentes*, op. cit., p.52

y tomen en cuenta sus opiniones y propuestas acerca de los asuntos de su familia”¹⁵⁸.

Derivándose de lo anterior que el derecho a ser escuchados en juicio, a opinar libremente y a ser informados antes y después del juicio sobre las consecuencias y beneficios de la resolución que vaya a emitir el juez de lo familiar, son factores importantes para que el derecho de estas niñas, niños ya adolescentes ejerzan plenamente su derecho a ser oídos en juicio.

Fernández, con relación al derecho de niñas, niños y adolescentes a opinar en juicios, señala que “son rara vez consultados en los procesos judiciales o se encuentran involucrados y no son fácilmente tomados en cuenta, ni reconocidos en los tribunales”¹⁵⁹.

Además, en la práctica durante el procedimiento las niñas, niños y adolescentes que se ven implicados en juicios no son llamados a juicio para su debida participación, en cuanto que debe ser a petición de las partes o porque lo ordena el juez de forma urgente, siendo esta el mayor problema para que las niñas, niños, y adolescentes ejerzan su derecho a participar y ser escuchados en juicio por tal razón:

La finalidad es garantizar su derecho a ser oídos en juicio, mediante el desarrollo de disposiciones, la evaluación de su edad y madurez y las pautas para su representación, asimismo desarrollar el ejercicio del derecho a la información de la niña, niño y adolescente que se vea implicado en algún procedimiento¹⁶⁰.

Destacando de las líneas anteriores que el derecho a la información es primordial para que el derecho a participar y opinar en juicio se lleve a cabo de una

¹⁵⁸ Pérez Contreras, María de Monserrat, et al., vulnerabilidad y violencia contra niñas, niños y adolescentes, en el marco teórico conceptual..., *op. cit.* p. 62

¹⁵⁹ Fernández Espinoza, William Homer, *La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial*, *op. cit.*, p. 173

¹⁶⁰ Fernandez Espinoza, William Homer, *op. cit.* p.174.

mejor manera y con ello obtener mejores resultados, en cuanto que es obligación del Estado prever, respetar y garantizar sus derechos.

2.10.- Orígenes de la Convención Sobre los Derechos del Niño

El instrumento jurídico a nivel internacional más importante que se encarga de establecer los fundamentos de los derechos de las niñas, niños y adolescentes es la Convención sobre los derechos del niño, que de acuerdo con Lozano:

Dio origen a la consideración del niño como sujeto titular de derechos, a diferencia del enfoque proteccionista y asistencial que prevalecía con anterioridad y que consideraba al niño como objeto de derechos y deberes morales que tenían que ser ejercidos por la familia y las instituciones gubernamentales.¹⁶¹

Es por ello que, analizar la evolución de la Convención sobre los derechos del niño desde su origen, es un factor importante para esta investigación, puesto que el derecho a ser escuchados en juicios que tengan algún interés está reconocido en este instrumento y no se está ejerciendo en la actividad judicial en el ámbito familiar para darles una participación a las niñas, niños y adolescentes que se ven inmersos en juicios de guarda y custodia.

En esta tesitura Lozano argumenta que:

Desde el primer Congreso Internacional de protección a la infancia celebrado en París en el año 1883, pasando por la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 para culminar en la convención Internacional sobre los Derechos del Niño del año 1989, nuestro presente, a diferencia de otras épocas históricas, asiste al hecho» de la proclamación de los «derechos el niño», tal y como se consolidan a través de estos textos

¹⁶¹ Lozano Vicente, Agustín, “los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, España, 2016, núm. 14, p. 68.

internacionales y que culminan una larga evolución histórica en la manera de entender y relacionarse con la infancia¹⁶²

La Declaración de los Derechos del Niño, también distinguida como la Declaración de Ginebra, fue aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924, siendo la primera herramienta jurídico internacional que de manera precisa establece los derechos de las niñas, niños y adolescentes, asimismo es la que origina la protección de los derechos humanos, en donde se destacan cinco principios:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. (...) 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo¹⁶³.

Esta primer redacción de la declaración, a pesar de su valía específica que tiene, por ser una de las primeras a nivel internacional respecto de la situación que presentaban las niñas, niños y adolescentes, se trata de un instrumento que no contiene encomiendas a los Estados, y tampoco les reconoce prerrogativas a las niñas, niños y adolescentes, de manera que solo impone a los adultos obligaciones dejando a un lado la responsabilidad, cuidado y amor que se les debe proporcionar dentro y fuera del núcleo familiar, manteniéndose de esta manera la situación de considerarse objetos y no sujetos de derecho.

Este instrumento internacional es elaborado “durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones, la

¹⁶² Lozano Vicente, Agustín, *op. cit.* p.70.

¹⁶³ Álvarez de Lara, Rosa María, *op. cit.* p.3.

Convención fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989”¹⁶⁴.

El proceso de creación y modificación de la Convención se creía imperecedera, puesto que los diez años de meditación, reuniones, disputas, debates y negociaciones no fue fútil, ya que, este instrumento jurídico transforma al niño de objeto de derecho a recibir un reconocimiento como sujeto de un conjunto amplio de derechos, asimismo conceptualizando y explicando todos y cada uno de los derechos que les deberán ser respetados a todas las niñas, niños y adolescentes.¹⁶⁵

La Convención Sobre los Derechos del Niño, “es el referente fundamental en el tratamiento jurídico de la infancia, con la consecuencia de cambiar paradigma y reformar las instituciones relacionadas con la niñez, familia, sistema de justicia, seguridad y política de protección”¹⁶⁶, con la finalidad de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, Roldan, argumenta sobre la convención que:

Ella impone nuevas concepciones de los sujetos niños, niñas y adolescentes, además, plantea nuevos paradigmas relacionales entre generaciones que alcanzan las más variadas culturas y tradiciones; pero como ocurre con todo cambio, esta nueva referencia de derechos trae consigo resistencias¹⁶⁷.

¹⁶⁴ *Convención Sobre los Derechos del Niño*, consultada el 10 octubre del 2019, disponible en <https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>.

¹⁶⁵ González Oviedo, Mauricio, *Derechos de la niñez y la adolescencia, antología*, UNICEF, p.15.

¹⁶⁶ González Contró, Mónica, *Los derechos de las niñas y los niños a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁷ Roldán Vargas, Ofelia, *op. cit.* p. 15

Ante esas resistencias que se van presentando en los sistemas del orden familiar, por parte de los operadores jurídicos tiene mucha relación con el que no sea personal capacitado para llevar a cabo audiencias en donde se vean involucrados niñas, niños y adolescentes.

González, considera que la Convención es “un valioso avance en el reconocimiento de los derechos del niño”¹⁶⁸, siendo esto, además algo simbólico en cuanto a la protección que se les brinda a estas personas que en un tiempo determinado fueron maltratadas y consideradas como objetos de los que podían disponer y custodiar en lugar de considerar una responsabilidad para su cuidado personal por parte de sus progenitores y de la sociedad en general.

2.11.- Implementación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En México la reforma al artículo 4º constitucional, en el 2011, “impulsó la creación de una serie de leyes de protección de derechos a nivel federal y en muchas de las entidades federativas con relación a las niñas, niños y adolescentes”¹⁶⁹, obteniendo de ello un destacado trabajo por parte de los intérpretes de las normas.

Otra observación interesante es que el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A partir de la reforma, señala que todas las personas gozaran de los derechos humanos, sin distinción de edades, por lo que se progresa aún más ese respeto y reconocimiento a los derechos en específico de las niñas, niños y adolescentes. En esta tesitura de acuerdo con Gamboa:

¹⁶⁸ González Oviedo, Mauricio, *op. cit.* p. 27.

¹⁶⁹ González Contró, Mónica, *Los derechos de las niñas y los niños a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, *op. cit.* P.22.

Los distintos derechos de los niños forman parte de la tercera generación de los Derechos Humanos, toda vez que ésta hasta hace relativamente poco tiempo (de tres décadas a la fecha) que los distintos organismos internacionales han considerado de vital importancia la formación adecuada en esta temprana etapa de todo ser humano, ya que marca de manera definitiva su actuar y proceder como persona adulta. Si bien en el plano internacional, existen una serie de instrumentos jurídicos, que los protegen es la "Convención sobre los Derechos de los Niños", que marca claramente los principales puntos que deben de considerarse para el bienestar de un infante, y una vez en nuestro sistema interno, estos derechos deben de verse plasmados tanto en la Constitución, como en las distintas leyes secundarias, tanto a nivel federal como local, es así que se pueden señalarse diversas leyes tendientes a proteger, en distintos aspectos la formación de los niños en nuestro país, regulando aspectos variados: desde el trato en seno familiar, la alimentación, educación y atención médica de calidad, esparcimiento adecuado, medio ambiente idóneo para su formación integral¹⁷⁰.

Para finalizar, otro aspecto importante que retomar de las reformas constitucionales es la implementación del principio del interés superior de la niñez, mismo con el que se busca establecer ese marco de respeto hacia las niñas, niños y adolescentes al iniciar a considerarlos como sujetos de derecho desde un marco normativo.

La implementación de diversos preceptos dentro de la constitución mexicana respecto al paradigma del reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes así como su protección, es un fenómeno que ha necesitado de diversos mecanismos e iniciativas por parte del Estado y demás autoridades que operan para la justicia de las niñas, niños y adolescentes desde brindar una certera seguridad jurídica, como respeto y promoción por los demás derechos que están concatenados unos con otros para su eficaz aplicación .

¹⁷⁰ Gamboa Montejano, Claudia, Derechos de la niñez, Congreso de la unión, 2017, p, 35.

CAPÍTULO TERCERO

MARCO LEGAL: ESTUDIO DEL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS EN CONTROVERSIAS DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL ÁMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL

3.1.-Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito jurídico internacional.3.1.1.- Declaración universal de los derechos humanos 1948. 3.1.2.- Convención Sobre los Derechos del Niño 1989. 3.2.- Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito jurídico nacional. 3.2.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.3.2.2.- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. 3.3.- Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito jurídico local. 3.3.1.- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos. 3.3.2.- Ley de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes del Estado de Morelos. 3.3.3. Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos. 3.3.4.- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes.

El capítulo tercero de esta investigación consistirá en el estudio de los instrumentos jurídicos que en sus diversos ámbitos de territorio se establecen los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como su derecho a ser escuchados en juicios en los que tengan algún interés, y todo lo concerniente a las actuaciones de los operadores jurídicos encargados de impartir justicia en controversias en los que las niñas, niños y adolescentes tengan alguna participación.

Por otra parte, se analizará principalmente la participación que se les brinda en los juicios de guarda y custodia, con la finalidad de obtener información idónea que ayude en el análisis de cómo está regulado el juicio de guarda y custodia en el Estado de Morelos, así como la variable de autonomía progresiva y su capacidad para emitir su opinión de manera informada.

Asimismo, realizando este análisis desde lo general a lo particular para ser más concretos con este estudio de los diversos instrumentos legales que engloben lo relacionado a que las niñas, niños y adolescentes sean escuchados en juicios en donde tengan algún interés.

3.1.-Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito jurídico internacional

Desde una perspectiva amplia este paradigma del reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes desde el ámbito internacional, ha sido una implementación de instrumentos jurídicos que han marcado un importante cambio para que se tome en cuenta a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, destacando su capacidad progresiva, así como esa ayuda asistencial por parte de sus tutores, al encontrarse en un plano desigual a la hora de que se les reconozcan sus derechos, antes esto se destaca que:

El siglo XX trajo consigo una nueva visión sobre la infancia. En el campo del derecho destaca la Declaración de Ginebra de 1924, como el primer instrumento que reconoce los derechos de los niños; en 1946 la ONU instauró el UNICEF y en 1989 se proclamó la Declaración de los derechos del Niño, tratado internacional considerado el más importante para la protección de los derechos humanos de los niños¹⁷¹.

De igual manera, “diversas organizaciones y organismos internacionales, en particular, el Consejo de Europa y el Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas, han establecido (...) una variedad de documentos internacionales que abordan los principales problemas que surgen cuando un niño o una niña entra en contacto con el sistema judicial”¹⁷², es así como se han ido reconociendo a nivel internacional los derechos de las niñas, niños y adolescentes, con el objetivo de respetar y obtener una viable aplicación de estos derechos, catalogando a las niñas, niños y adolescentes como personas titulares de derechos, sin ninguna discriminación.

¹⁷¹ Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz, Temas selectos, Aspectos teórico-conceptuales sobre niñas, niños y adolescentes trabajadores, INACIPE, México, 2018, p.3

¹⁷² Rodríguez, Virginia, Román, Yolanda, *et. al, infancia y justicia: una cuestión de derechos*, España, Save de Children, 2ª ed. 2015, p.18.

En este contexto es menester señalar que:

Debido a la importancia de la temática de la infancia y de brindar protección a todos los niños, la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 se erige como una síntesis de las normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general con principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. La Convención sobre los Derechos del Niño concibe a las niñas, niños y adolescentes no solo como sujetos de medidas de protección y asistencia, sino como titulares de derechos propios y como actores de su propia vida y, por lo tanto, con la capacidad y el deber de participar en sus asuntos que les afectan. Sin embargo, para poder entender estos derechos, el proceso de reconocimiento internacional tuvo que pasar por un largo camino en la historia de la humanidad, así como aquellas circunstancias que orillaron a su pleno reconocimiento en los tratados internacionales en materia de niñez y derechos humanos.¹⁷³

Por ello estudiar el paradigma de los derechos de la niñez desde el entorno internacional es importante entando que fue en el ámbito internacional en donde se dio el primer y mayor reconocimiento a los derechos de este grupo etario, velando por su integridad y respeto a su persona, atendiendo la dignidad humana para pasar a ese contexto de ser personas propugnadas de derechos.

3.1.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un instrumento que marca una gran trascendencia en el tema de los derechos humanos, puesto que “la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 (...), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido

¹⁷³ Texto sobre la Convención de los Derechos del Niño, consultado en www.unicef.org, el 18 de diciembre del 2019.

traducida a más de 500 idiomas”¹⁷⁴, por ello es considerada una herramienta jurídica internacional muy importante en el fenómeno del reconocimiento de los derechos humanos.

Además de que la Declaración es un instrumento normativo que “establece por lo menos algunas obligaciones legales para los Estados miembros de la ONU, tras ser considerada la interpretación autorizada de las obligaciones en materia de derechos humanos contenidas en la Carta de la ONU y, por lo tanto, este hecho lo hace ser un instrumento obligatorio y vinculante”¹⁷⁵ he aquí la importancia de este instrumento jurídico.

Por otra parte, esta Declaración “es un instrumento internacional compuesto por 30 artículos. (...) esta cuenta con una clasificación respecto de los derechos contenidos en cuatro rubros: derechos personales; derechos que pertenecen al individuo en relación con el grupo social, libertades civiles; y los derechos políticos; y los derechos de naturaleza económica o social”¹⁷⁶, asimismo en este texto se reconocen derechos de las niñas, niños y adolescentes.

3.1.2.- Convención Sobre los Derechos del Niño 1989

Uno de los instrumentos importantes que ha dejado un legado impresionante en el ámbito jurídico internacional respecto al reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como obtener el resultado de que las niñas, niños y adolescentes dejaran de considerarse como objetos de custodia

¹⁷⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, consultada el 15 de marzo del 2020, disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

¹⁷⁵ Rea Granados, Sergio Alejandro, *Evolución del derecho internacional sobre la infancia*, international Law, Colombia, 2016, p.162.

¹⁷⁶ *Idem*.

a ser sujetos de derechos es la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN), que de acuerdo con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ¹⁷⁷

En 1959, Naciones Unidas aprobó una Declaración de los Derechos del Niño que incluía 10 principios. Pero no era suficiente para proteger los derechos de la infancia porque, legalmente, esta Declaración no tenía carácter obligatorio. Por eso en 1978, el Gobierno de Polonia presentó a las Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos del Niño.

Tras 10 años de negociaciones con gobiernos de todo el mundo, líderes religiosos, Organizaciones no Gubernamentales y otras instituciones, se logró aprobar el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la ratificasen.

La Convención sobre los Derechos del Niño se convirtió en ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países, entre ellos España. Hoy, la Convención ya ha sido aceptada por todos los países del mundo excepto Estados Unidos (...)

En esta tesitura, la CDN es un instrumento jurídico internacional en el que están reconocidos los derechos de las niñas, niños y adolescentes, es uno de los instrumentos a nivel internacional más ratificado por los países, esta articulado por cincuenta y cuatro preceptos de los cuales se destaca la obligación y responsabilidad del Estado, así como de los padres, tutores, y toda aquella autoridad o persona que tenga algún contacto con las niñas niños y adolescentes al ejercer sus derechos reconocidos en ella, resaltando que son derechos sociales, políticos, culturales, civiles y económicos los que les son reconocidos, en esta tesitura Azzolini¹⁷⁸ menciona que:

¹⁷⁷ Convención Sobre los Derechos del Niño, fecha de consulta 19 de mayo 2020, disponible en: <https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>.

¹⁷⁸ Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz, *op. cit.*, p.14.

Los derechos de las niñas y niños se encuentran contemplados en diversos instrumentos de derechos humanos, el instrumento cúlmine es la Convención sobre los Derechos del Niño, en ella se recogen las disposiciones emanadas en otros tratados con alcance universal y se aterrizan y amplían para el ámbito de la niñez.

La CDN fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 y tiene carácter vinculante. La Convención descansa sobre cuatro principios, cuyo cumplimiento garantiza el respeto de los demás derechos bajo los preceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos de niños y niñas: el derecho a la no discriminación, adhesión al interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el derecho a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan.

Los cuatro principios en los que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño resultan adecuados para una interpretación y aplicación conforme a derecho, debido a que se logra observar concordancia y prevalece el respeto a este grupo que se vio afectado por mucho tiempo al no reconocerlos jurídicamente como sujetos de derecho; en lo que respecta a la Convención Sobre los Derechos del Niño, Rodríguez argumenta que:

El reconocimiento de la condición de titulares de derechos a los niños y las niñas en los términos establecidos en la Convención sobre los derechos del niño plantea un reto fundamental para los Estados en dos sentidos. Por un lado, les impone la obligación de garantizar la protección efectiva de los niños y las niñas, especialmente cuando sus familias de origen no pueden hacerlo. Por otro, les obliga a poner en marcha todos los mecanismos necesarios para garantizar el pleno ejercicio de los derechos que la Convención consagra, muy particularmente en el ámbito de la Administración de Justicia¹⁷⁹.

En cuanto a lo que señala Rodríguez, estamos de acuerdo debido a que esas dos posturas que señala en cuanto a la obligación del Estado fundamentado

¹⁷⁹ Rodríguez, Virginia, Román, Yolanda, *et. al, op. cit.*, p.18

en la Convención principalmente es garantizar el debido reconocimiento y aplicación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, asimismo establecer todo aquel mecanismo, herramienta idónea para lograr ese objetivo por los diversos órganos judiciales; asimismo:

La Convención sobre Derechos del Niño se erige como una síntesis de las normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general con principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. La CDN concibe a las niñas, niños y adolescentes no solo como sujetos de medidas de protección y asistencia, sino como titulares de derechos propios y como actores de su propia vida y, por lo tanto, con la capacidad y el deber de participar en sus asuntos que les afectan¹⁸⁰.

Por otra parte, es importante resaltar que la Convención Sobre los Derechos del Niño, tiene como complemento tres protocolos los cuales son referentes a la venta de niños y la prostitución infantil, a la participación de los niños en conflictos armados y el referente a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño¹⁸¹.

De acuerdo con Cobo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹⁸²:

Se adoptó en América Latina en el marco de un proceso de transición y consolidación democrática. Propone un cambio absoluto en el nivel de los significados, es decir un cambio de paradigma en la concepción de las niñas, niños y adolescentes (NNA) en donde se les considera desde un enfoque incluyente, como personas titulares de derechos donde su participación es

¹⁸⁰ Rea Granados, Sergio Alejandro, *op. cit.*, p.150.

¹⁸¹ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Parte.

¹⁸² Cobo Téllez, Sofía M., *Presentación del estudio comparativo de niñas, niños y adolescentes trabajadores*, Biblioteca Nacional de México, México, 2018, p.17.

fundamental en la toma de decisiones que los afecten. Esta convención, bajo la premisa que los niños son las personas más vulnerables por sufrir violaciones a los derechos humanos, incluye una serie de derechos exclusivos, considerando garantías de protección debido a su condición de 'sujetos en desarrollo' según el principio de autonomía progresiva.

De lo que menciona Cobo, es importante destacar el tema de la participación de las niñas, niños y adolescentes, mismo que es un principio de la misma convención, un derecho que garantiza su opinión y a ser escuchados en juicios donde tengan algún interés, asimismo el principio de autonomía progresiva ya que va entrelazados con distintos derechos entre ellos a ser informados, por otra parte:

La CDN, analizada detalladamente en la sección sobre el marco jurídico, modifico la visión de una infancia objeto de protección o de satisfacción de sus necesidades básicas a una en la que se considera a los niños como titulares plenos de derechos. En consecuencia, hoy desde un enfoque de respeto y reconocimiento de las especificidades según el género y la franja etaria, se distingue entre niñas, niños y adolescentes¹⁸³.

Respecto a lo señalado en el texto anterior, coincidimos con ello, debido a que en años atrás las niñas, niños y adolescentes no contaban con protección jurídica y se consideraban como objetos de custodia y no como sujetos de derechos con titularidad plena para gozar de ellos; en este tenor Azzolin¹⁸⁴ comenta que:

El artículo segundo del instrumento internacional afirma que:

1.- Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la

¹⁸³ Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz, *op. cit.*, p.3.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, pp.14-15.

religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2.- Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de a condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de sus familiares.

Este artículo tiene un alcance universal y su cumplimiento es esencial para garantizar otros derechos, por ejemplo, aquellos relacionados con la salud, la educación y la prohibición de malos tratos.

El principio de no discriminación, haciendo hincapié en la edad, es un aspecto valioso que conlleva respeto por ese grupo vulnerable que son las niñas, niños y adolescentes, que muchas de las ocasiones no se les reconoce sus derechos porque tienen la idea errónea que por no ser adultos no pueden ejercer sus derechos. Por cuanto al principio del interés de las niñas, niños y adolescentes la doctrina señala que:

El artículo 3 de la Convención enuncia el ISN como principio que debe guiar y subyacer 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’. En las observaciones generales del Comité de los Derechos del niño (OGCDN) 5 y14, se profundiza en el significado y alcance de este principio; que debe ser entendido como i) un derecho; ii) un principio; y iii) una norma de procedimiento¹⁸⁵.

Cabe destacar que esta norma, principio y derecho es uno de los paradigmas que ha dejado una trascendencia en el respeto y reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, por lo que los Estados parte, los operadores jurídicos y las instituciones tienen el deber de aplicar conforme a cada

¹⁸⁵ Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz, *op. cit.*, p.16.

situación la idónea interpretación de este principio, norma y derechos del interés superior de la niñez. En este contexto Contró señala que:

En tanto 'derecho', el ISN establece una obligación que se pone en práctica cuando se debe tomar una decisión que afecte a un niño, o un grupo de niños o a los niños en general. En este sentido, se trata de una obligación de aplicación directa que puede invocarse ante tribunales. Como 'principio', el ISN tiene una función interpretativa que orienta a la interpretación que mejor satisfaga el interés superior del niño, cuando una disposición admite más de una interpretación. Por último, como 'norma de procedimiento', que debe de incluir una estimación de las posibles repercusiones de cualquier decisión en los niños; esta función incluye un deber en los estados de explicar la forma en que se ha tomado en cuenta el ISN en cada decisión¹⁸⁶.

De acuerdo con lo señalado por Contró, esta norma, derecho y principio es una conjugación para hacer valer los derechos de las niñas, niños y adolescentes es una de las bases fundamentales en las que los operadores jurídicos cimientan sus decisiones cuando están de por medio los intereses de las niñas, niños y adolescentes.

Aterrizando al tema que es de mayor interés para efectos de esta investigación, el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en las decisiones que les afecten principalmente en juicios de guarda y custodia, de acuerdo con la doctrina:

Se complementa por tres principios: el derecho a ser informado, el derecho a la libertad de expresión, y el derecho a s que su opinión sea tomada en cuenta; no se trata, por ende, de un derecho cosmético, de mera enunciación, sino al igual que el ISN, de un principio, un fin y un método de procedimiento. Está vinculado

¹⁸⁶ González Contró, Mónica, *El interés superior del niño en los criterios judiciales, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia, op. cit. p.158.*

al ISN y su ejercicio conjunto garantiza que no se traduzca en una imposición vertical bajo el viejo esquema de la tutela de personas adultas, es decir, en argumentaciones donde creen identificar lo que es mejor para NNA. El derecho a ser escuchado vuelve dinámico el ISN y este a su vez, garantiza que la opinión de NNA sea un elemento constitutivo de decisiones que les afectan y no un accesorio formal¹⁸⁷.

Este apartado es propio de lo que estos autores señalamos, con relación a que el derecho a ser escuchados en controversias en las que tengan algún interés trabaja en coexistencia con otros derechos, principalmente con el derecho a ser informados sobre el juicio, asimismo a emitir su opinión de manera libre sin estar bajo una coacción por parte de los padres, tutores, autoridades responsables o el propio Estado, transitando siempre junto con el principio del interés superior de la niñez.

En esta dirección, el texto del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸⁸, señala que toda niña, niño o adolescente que esté en condiciones de expresar su propia opinión, esto atendiendo a su capacidad progresiva, por parte de sus tutores siendo informados de que trata su participación en asuntos en los que tengan algún interés, asimismo se fundamenta que se brindará a las niñas, niños y adolescentes la oportunidad de ser escuchados

¹⁸⁷Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz, *op. cit.*, p.19.

¹⁸⁸1.- Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse en un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2.- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consecuencia, con las normas de procedimiento de la Ley Nacional.

en todo procedimiento en el que tenga alguna afectación, atendiendo a las medidas tomadas por las autoridades correspondientes para brindar un mejor ejercicio de su derecho a ser escuchados en toda controversia principalmente y para efectos de esta investigación en juicios de guarda y custodia, puesto que son las principales partes que tienen mayor afectación con las determinaciones de los operadores jurídicos.

3.2.- Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito jurídico nacional

De acuerdo con el análisis de los instrumentos jurídicos que reconocen los derechos de las niñas, niños y adolescentes a nivel nacional, González menciona que “en México, la reforma al artículo 4 constitucional en 2000 impulsó la creación de una serie de leyes de protección de derechos a nivel federal y en muchas de las entidades federativas”¹⁸⁹, mismas leyes que se encarga de establecer los derechos de las niñas, niños y adolescentes, dejándolas sin mecanismos idóneos para su debida aplicación.

Sin embargo, existe una carencia por parte de los Estados, debido a que no existen los medios idóneos para una efectiva aplicación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, asimismo son muy escasas las Leyes que abordan los derechos de estas personas que constituyen un grupo vulnerable por no tener el reconocimiento en su totalidad de constituirse como sujetos con titularidad de derechos.

3.2.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En el transcurrir del tiempo, México ha presentado diversos cambios, de los cuales se ha observado un progreso constante, mismo que se ve plasmado en

¹⁸⁹ González Contró, Mónica, *Los derechos de las niñas y los niños a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, op. cit., p. 11.

la Constitución Federal, la cual es una herramienta jurídica a nivel nacional que fundamenta la seguridad jurídica entre los sujetos pasivos, los gobernados y los sujetos activos, los gobernantes, misma que ha presentado reformas y adiciones con el objetivo de prevalecer un país democrático; asimismo, es importante destacar:

Que nuestro país ha avanzado en el reforzamiento de los esquemas de protección de los derechos humanos y específicamente de niños y adolescentes. En ese sentido, a partir de las reformas a los artículos 4o. y 123 se pretende consolidar la tutela del desarrollo integral y armónico de la infancia en México, al tiempo que se estandariza nuestra legislación con la internacional¹⁹⁰.

En esta tesitura y para fines de esta investigación, es importante destacar la reforma del diez de junio del dos mil once a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) consistente en que:

Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia carta magna y en los tratados internacionales de los que el país sea parte, significa un cambio tan positivo como profundo en el funcionamiento del Estado mexicano. De hecho, la propia reforma constitucional obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además, el texto de la ley fundamental establece que la interpretación normativa en materia de derechos humanos se hará de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas¹⁹¹.

¹⁹⁰ Secretaría de Gobernación, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2ª ed., México, s.e., 2016, p. 7.

¹⁹¹ Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos, una guía conceptual*, 2ª ed., México, Senado de la Republica, 2016, p.11.

En lo que respecta a esta importante reforma dentro del tema de los derechos humanos, cabe señalar, la gran trascendencia que significa para México en el ámbito jurídico, en cuanto que este margen que se fija entre los derechos humanos para consolidar un país con mayor crecimiento cultural, social, económico y político.

El que se establezcan principios rectores para la difusión, respeto, y una efectiva aplicación de los derechos humanos por parte del Estado es un gran fenómeno que hizo un cambio radical en la interpretación de los instrumentos jurídicos, debido a que:

Todas las normas que contienen un derecho humano y que están recogidas en tratados internacionales tendrán rango constitucional, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos serán vinculantes para los jueces en México aun cuando se trate de decisiones en las que el país no fuese parte, y que, si la Constitución mexicana contempla alguna restricción al ejercicio de un derecho, ésta surtirá efecto¹⁹².

En esta tesitura, atendiendo el artículo 1º constitucional en su último párrafo¹⁹³, es importante señalar lo significativo que resulta para promover el respeto a los derechos de las niñas, niños y adolescentes respecto a la prohibición a todo tipo de discriminación, específicamente por razón de edad, este es uno de los preceptos que dan auge a la aplicación y promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a ser informados, a emitir su opinión y ser escuchados en juicios en los que tengan algún interés, debido a que es una herramienta más

¹⁹² Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹³ (...) Queda *prohibida toda discriminación* motivada por origen étnico o nacional, el género, *la edad*, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

para los operadores jurídicos al decretar una decisión en torno a no vulnerar los derechos de estas personitas, que en un momento se tendrá que evaluar su capacidad progresiva para poder ejercer sus respectivos derechos y ayuda asistencial si fuese el caso.

Asimismo, es imprescindible señalar lo establecido en el artículo 4º Constitucional en sus párrafos nueve, diez y once¹⁹⁴, de los cuales se destaca el principio del interés superior de la niñez, debió a que es un principio rector de la Convención Sobre los Derechos del Niño y además se reconoce que es obligación del Estado velar, respetar y promover los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como de los progenitores o tutores para su debida aplicación y respeto.

Por otra parte, en lo que respecta al artículo 18º de la CPEUM en su párrafo cinco, en el que a la letra dice:

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e

¹⁹⁴ (...) En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez (...).

impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente¹⁹⁵.

Este precepto legal es muy importante, ya que de él se desprende la operatividad de los tribunales e instituciones que velan e imparten justicia para niñas, niños y adolescentes, así como la obligación que tienen de respetar y aplicar de manera idónea el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, además del deber que adquieren para aplicar medidas adecuadas de protección para este grupo en particular, atendiendo sus necesidades y colocándose en su mismo contexto para brindarles un mejor soporte para la aplicación de sus derechos.

3.2.2.- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

En este contexto, el Sistema Nacional para el Desarrollo integral de la Familia señala que:

El gobierno mexicano ha sumado esfuerzos significativos para lograr la protección de niñas, niños y adolescentes, prueba de ello es la promulgación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, donde se reconoce a la niñez como titulares de derechos, atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad¹⁹⁶.

En este sentido, podemos señalar que es un instrumento jurídico a nivel nacional muy importante para el reconocimiento y aplicación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, debido a que se establece en un margen de respeto y señala además principios importantes para su aplicación en los que se

¹⁹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consultada el 22 de mayo del 2020, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

¹⁹⁶ Cobo Téllez, Sofía M., *op. cit.*, p.15.

destaca un gradual avance en el respeto a las niñas, niños y adolescentes al dejar de considerarlos como sujetos de custodia.

Asimismo, de acuerdo con la doctrina la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, su principal objetivo es:

El reconocimiento de las niñas, los niños, las y los adolescentes como titulares de derechos. Cabe mencionar que dicho texto recoge los principios consagrados en la Convención Sobre los Derechos del Niño y que, con ello, materializa la implementación de políticas públicas por parte del Estado Mexicano con relación a la infancia y adolescencia mexicanas¹⁹⁷.

La Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes es aquella norma que se rige principalmente por la Convención Sobre los Derechos del Niño, debido a que busca lograr una implantación efectiva del reconocimiento y aplicación de las prerrogativas de cada niña, niño y adolescente en México, y que en lo menor posible se vean vulnerados sus derechos, además de que:

La publicación e implementación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, entró en vigor el 5 de diciembre de 2014, y constituye un avance importantísimo en materia de derechos de la infancia y adolescencia porque identifica los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establece las obligaciones específicas de los distintos actores gubernamentales y sociales, y la manera en que estos actores deben trabajar coordinadamente para garantizar los derechos de NNA¹⁹⁸.

Por ello, esta Ley es un elemento clave dentro de las herramientas jurídicas para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en México.

¹⁹⁷ *Ibidem.* p.33

¹⁹⁸ UNICEF, Psicología Forense Especializada en Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley General sobre los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, México, 2018, p.1.

3.3.- Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito jurídico local

Aterrizando en el ámbito local, en cuanto a los derechos de las niñas, niños y adolescentes es un tema que causa inquietud, debido a que a lo largo de esta investigación que se inicia de lo general a lo particular, se logra observar como en el ámbito internacional los derechos de este grupo etario, resulta con mayor protección jurídica que a nivel nacional y específicamente local.

Existe una minoría de instrumentos que determinen el buen funcionamiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, faltan mecanismos, políticas públicas y capacitación para poder llevar a cabo una efectiva aplicación a nivel estatal de las prerrogativas de las cuales son titulares las niñas, niños y adolescentes.

En el ámbito jurídico del Estado de Morelos, específicamente existen tres instrumentos que en su mayor parte abordan los derechos de las niñas, niños y adolescentes entre los cuales para efectos de esta investigación abordaremos en primer plano la Constitución, la Ley de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, el Código Procesal todos del Estado de Morelos, así como el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, para lograr un análisis jurídico particularmente del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en juicios de guarda y custodia.

3.3.1.- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos

En cuanto al ámbito estatal uno de los instrumentos jurídicos por los que se rige el Estado de Morelos es la Constitución, misma que en su artículo 1º Bis

párrafo tercero ¹⁹⁹, prohíbe todo tipo de discriminación que tenga como fin perjudicar los derechos así como transgredir con la dignidad humano, que de igual forma hacemos hincapié a la edad, puesto que el fenómeno de el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes aun es un tema que causa mucha inquietud a la sociedad y hace falta herramientas y métodos para una efectiva aplicación.

Por otra parte, en su artículo 19º de esta Constitución²⁰⁰, con relación a que en él se cita lo siguiente:

La mujer y el varón tienen *igualdad* de derechos ante la Ley. Los ordenamientos respectivos tutelarán la igualdad de estos derechos y sancionarán cualquier tipo de discriminación o menoscabo producido en relación al género masculino y femenino, a la *edad*, religión, etnia, condición social, discapacidad, y cualquiera otra que vulnere o dañe la dignidad, la condición y los derechos humanos reconocidos por esta Constitución, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados, acuerdos e instrumentos internacionales a los que el país se haya adherido (...)

II.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho: (...)

d) A salvaguardarles en todo momento la protección de los Derechos Humanos, que, por su condición de personas en desarrollo, son reconocidos por la Constitución General de la República, por los Tratados Internacionales ratificados por el Estado mexicano, por la Constitución del Estado y las leyes

¹⁹⁹ En el Estado de Morelos, queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, la orientación sexual, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

²⁰⁰ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos, consultada el 3 de junio del 2020, disponible en: <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/constitucion/pdf>.

que el Congreso del Estado emita. Para ello, el Estado establecerá un Sistema Integral de Justicia, que será aplicable a los adolescentes que tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años, a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las Leyes Penales.

La conducción y operación del Sistema estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializadas en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Dicho Sistema deberá considerar formas alternativas de justicia que cumplan con las garantías del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión, de las que impongan las medidas y de las que ejecuten la medida impuesta, para ello, el Congreso del Estado emitirá el ordenamiento legal de la materia, a fin de establecer las formas y autoridades responsables de su ejercicio.

El sistema integral de justicia en el Estado de Morelos garantizará la orientación, protección y tratamiento integral del adolescente, toda vez que su condición de personas en desarrollo es factor de interés superior para la aplicación en todos los procedimientos instaurados y con ello, reconocerles los valores universales de solidaridad, humanismo e integración social.

(...) El Estado garantizará a las niñas, niños y adolescentes, que se encuentren en situación vulnerable y que pongan en riesgo su vida, libertad, integridad, dignidad y Derechos Humanos y sus Garantías, su cuidado y protección a través del adecuado funcionamiento de instituciones y establecimientos públicos o privados que estén dedicados a ese fin (...).

Ante lo citado, estos autores consideran que, en el Estado de Morelos, se procura la igualdad, la no discriminación, el respeto a los derechos humanos y de las niñas, niños y adolescentes en su particularidad, apoyando sus preceptos en los instrumentos jurídicos internacionales de los que México sea parte, así como de la normatividad a nivel nacional, en donde se prevé el respeto a los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

3.3.2.- Ley de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes del Estado de Morelos

En el Estado de Morelos, el paradigma que se ha ido presentando en cuanto al reconocimiento de los derechos de las niñas, niños, y adolescentes, así como la aplicación e interpretación idónea del principio del interés superior de la niñez, es un fenómeno que ha dejado con incertidumbre a la sociedad, en cuanto que ha sido un cambio radical para el trato digno para las niñas, niños y adolescentes en Morelos; ante dicha situación “mediante la Sesión Ordinaria de la Asamblea de la LII Legislatura, que tuvo verificativo el día dieciséis de octubre de dos mil trece, (...) [se] presentó Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Estado de Morelos”²⁰¹, mismo instrumento que ha sido de gran colaboración para obtener resultados capaces de integrar a este grupo etario, dentro del marco legal y la sociedad.

Esta Ley tiene como propósito que se examine preceptos normativos similares a la Convención Sobre los Derechos de Niño y la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, para garantizar y defender los derechos de este grupo etario a nivel Estatal.

3.3.3. Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos

En lo que respecta al instrumento jurídico más importante para efectos de esta investigación, se presenta una escasez en la regulación sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes en controversias del orden familiar en los que se ven involucrados, entre ellos el derecho a ser escuchados en juicio, tomando su opinión, ser informados del procedimiento antes, durante y al final de él, asimismo

²⁰¹ Ley de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del Estado de Morelos, consultada el 8 de mayo del 2020, disponible en: <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/leyes/pdf/Lderechosninosmo.pdf>.

los principios por los que el operador jurídico debe guiar su operabilidad en esas controversias.

Tomando en cuenta que “a través de la historia, se ha reconocido al derecho de familia como un conjunto de normas imprescindibles en nuestra sociedad, que ha buscado su trascendencia aún bajo los conceptos que hasta ahora han sido tradicionalmente regulados por el derecho privado (...), [y se presentaba] la necesidad de instrumentar un mecanismo procesal efectivo para lograr su vigencia²⁰²”, en consecuencia, es instituido el Código Procesal para el Estado de Morelos.

Aun y con la creación de un Código especialmente para controversias de índole familiar, se presentan vulneraciones a los derechos de las partes procesales, principalmente a niñas, niños y adolescentes, debido a que independientemente que a nivel internacional existan instrumentos que se encargan de regular y proteger los derechos de este grupo etario, a nivel Estatal no se ven regulados tal como lo manejan los instrumentos internacionales, he ahí un problema en cuanto a la operabilidad sin especialización y áreas adecuadas para llevar acabo diligencias entorno a las niñas, niños y adolescentes que tengan algún interés en conflictos familiares.

En esa tesitura, se puede destacar que, en el cuerpo del Código en estudio, sigue denominando a las niñas, niños y adolescentes como menores, término que de acuerdo con el capítulo dos ya quedo desacorde, atendiendo al principio del interés superior de la niñez y al respeto a su persona como titulares de derechos.

²⁰² Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, consultado en fecha 29 de mayo del 2020, disponible en: <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/codigos/pdf/CPROFAMEM.pdf>.

3.3.4.- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes

En el contexto, sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, principalmente en su ejercicio al derecho de ser escuchados en juicios que tengan algún interés y para efectos de esta investigación en controversias de guarda y custodia:

En febrero del 2012 salió a la luz pública el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, el cual retoma los lineamientos y sugerencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por México, y del cual nuestro país es Estado parte: 'este cuerpo jurídico enlista un catálogo de derechos que implica una serie de obligaciones para el Estado, concretamente la de respetar, adoptar medidas para su cumplimiento y garantizar los derechos reconocidos en dichos instrumentos'²⁰³.

Este instrumento resulta trascendental para el tema de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, debido a que va encaminado a la internacionalización de los derechos humanos y para una homologación de criterios en la aplicación de herramientas y actuaciones a la hora de impartir justicia para niñas, niños y adolescentes, por lo tanto:

Este protocolo es sumamente importante para [las niñas, niños y adolescentes] que participan en un procedimiento judicial, pues en un mundo 'adultos centristas', sobre todo en situaciones jurídicas, hace falta un lenguaje apropiado para dirigirse a ellos, y ciertas pautas de actuación por parte de los operadores jurídicos para escucharlos. La mayor distancia entre la niña, el niño y el adolescente en el entorno judicial se genera primordialmente porque este último no reconoce a los menores como individuos cuyas características los diferencian de los adultos y los hacen más vulnerables, pero no por ello son menos sujetos de derecho, un trato amable puede ayudar a que la niña, el niño o el adolescente

²⁰³ Hernández Domínguez, Enma Estela, Castillo Santiago, *El interés superior del menor en la doctrina internacional, op. cit.*, p.168.

no sientan temor y desconocimiento ante la presencia de una autoridad judicial²⁰⁴.

En esta tesitura, es importante resaltar que, en la práctica, al impartir justicia a las niñas, niños y adolescentes no se lleva a cabo el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en juicio y si los llaman a juicio no aplican su derecho con base al protocolo, puesto que no utilizan un lenguaje adecuado ni les brindan un espacio en el que ellos se sientan seguros y sin presión para emitir su opinión. Sin embargo, estas cuestiones se presentan debido a que:

Este protocolo no es vinculante, y por lo tanto carece de valor normativo para fundar una decisión jurisdiccional, sí constituye una herramienta para los juzgadores, pues a la luz de los compromisos adquiridos por el Estado mexicano en materia de derechos humanos relativos a niñas, niños y adolescentes, establece prácticas para el acceso a la justicia fundadas en el respeto a los derechos de ese grupo vulnerable, lo cual es trascendente, pues las formas de realizar las entrevistas a las [niñas, niños y adolescentes] puede ser crucial para obtener una respuesta que sea más apegada a la realidad, y que deben evitarse las preguntas cerradas y repetirse las preguntas lo menos posible, para impedir que se visión las respuestas²⁰⁵.

Ante lo anterior, estos autores están de acuerdo que, al no ser una herramienta vinculante, no se lleva a cabo como debería ser para impartir justicia a las niñas, niños y adolescentes, por parte de los operadores jurídicos y siguen vulnerando sus derechos esencialmente el de ser escuchados de manera informada y sin ninguna presión ni miedo; por otra parte:

En el año 2014 la SCJN publicó la segunda edición del protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes; (...) este cuerpo jurídico pone en consideración un listado amplio

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ Hernández Domínguez, Enma Estela, Castillo Santiago, *El interés superior del menor en la doctrina internacional, op. cit.*, p.169

de reglas de actuación que sirven para darles efecto útil. El protocolo prevé, entre otras consideraciones, la necesidad de adaptar espacios de espera idóneos, ya que aquellos en los que se encuentra un niño, niña o adolescente son de suma importancia si se considera las características propias de la infancia y cómo impacta en su comportamiento; de modo que habrá que garantizar a [las niñas, niños y adolescentes] un espacio lúdico cuando deban participar en algún procedimiento jurisdiccional o administrativo, lo que si bien escapa a la competencia del juzgador, su implementación será tarea de los órganos administrativos judiciales²⁰⁶.

Sin embargo, sigue siendo una herramienta que no tiene carácter obligatorio por lo que queda a determinación de cada operador jurídico si implementa las actuaciones como lo señala dicho instrumento o no, siendo esto un grave acontecimiento para la efectiva aplicación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el estado de Morelos, a pesar de que el Protocolo es “una compilación del marco internacional en materia de infancia que brinda orientaciones sobre cómo darles cumplimiento práctico, basado en el derecho internacional”, es así como este protocolo debería tener un carácter jurisdiccional para los operadores jurídicos que imparten justicia en situaciones que involucran a niñas, niños y adolescentes.

²⁰⁶ Castillo Santiago, Román, *la integralidad del interés superior del menor en el derecho procesal mexicano*, México, Tirant lo blanch, 2019, p.170.

CAPITULO CUARTO

EL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS EN CONTROVERSIAS DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL DERECHO COMPARADO

4.1.-Argentina.4.1.1.-Constitución de la Nación de Argentina.4.1.2.-Codigo Civil y Comercial de la Nación.4.1.3.- Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.4.1.4.-Criterios jurisprudenciales. 4.2.- Chile. 4.2.1.- Constitución Política de la República de Chile. 4.2.2.- Código Civil. 4.2.3.- Ley de Tribunales de Familia. 4.2.4. Criterios Jurisprudenciales. 4.3.- Colombia. 4.3.1.- Constitución Política de Colombia.4.3.2.- Código de la Infancia y Adolescencia.4.3.3.- Criterios Jurisprudenciales.4.4.- Nicaragua.4.4.1.- Constitución Política de Nicaragua.4.4.2.- Código de Familia. 4.4.3.- Código de la Niña, Niño y Adolescente. Propuesta. Conclusiones.

En este capítulo se realizará un estudio comparado de acuerdo con la doctrina, marco legal y criterios jurisprudenciales en torno al derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias en donde tengan algún interés, por resultar de suma importancia para enfocar una propuesta adecuada.

Por otra parte, se busca analizar lo que otros autores han estudiado de como ejercer de manera efectiva el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, atendiendo el interés superior de los mismos, con el objetivo de que sean visualizados como sujetos de derecho.

El análisis comparativo se efectuará en los países de Argentina, Nicaragua y Colombia, mismos en los que se ha dado un margen dentro de diversas leyes el respeto y promoción del derecho a la escucha en controversias de guarda y custodia, sin embargo no son los únicos países que han implementado este paradigma relacionado con los derechos humanos y de la niñez, entre los que se destaca de manera general Chile, Venezuela, Colombia, El Salvador entre otros, que aunque es un derecho reconocido a nivel internacional, es colocado al nivel nacional y local.

Por otro lado, es importante realizar este estudio comparativo, debido a que se brindarán más herramientas para la propuesta del presente trabajo a implementar en el Código Familiar del Estado de Morelos, en cuanto que:

Dentro de los códigos que reconocen el derecho a la escucha de las niñas, niños y adolescentes lo más relevantes son Argentina, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela (...) en diversos ámbitos (...) comunitarios, familiares, escolares, judiciales; (...) por lo tanto, estos (...) países conjugan mucho mejor en sus códigos el espíritu de la [Convención de los Derechos del Niño] que el resto de los países de América Latina²⁰⁷.

Finalizando el estudio con criterios jurisprudenciales sobre el derecho a la escucha de la niñez, para terminar el estudio comparado en los tres aspectos importantes del derecho siendo como en un inicio se menciona la doctrina, el marco legal y criterios jurisprudenciales.

4.1.-Argentina

El paradigma de los derechos humanos y específicamente los derechos de las niñas, niños y adolescentes, resulta importante dentro de la evolución de los derechos de este grupo etario, debido a que se implementan diversos instrumentos jurídicos, como lo es la Ley de Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes, el Código Civil y Comercial y la Constitución Política de Argentina.

En este contexto, el país de Argentina con relación a:

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye un paso decisivo en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia. En la actualidad, cuenta con la ratificación de más de 190 países, y de este modo, se instaura como el tratado de derechos humanos con mayor adhesión de la historia. Fue suscripta por Argentina en septiembre de 1990, mediante la Ley N° 23.849, y

²⁰⁷ Dávila Pauli, Naya, Luis Ma., *La defensa de los derechos de la infancia en américa latina desde la perspectiva legal. una visión educativa*, Educación XX1, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, p.209.

adquirió rango constitucional en el año 1994 en virtud del artículo 75º, inciso 22, de la Constitución Nacional²⁰⁸.

Es importante destacar que la Convención, es un instrumento internacional que implica dentro de este paradigma un marco legal amplio para el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, Argentina al formar parte de la Convención, abre espacio en sus leyes nacionales para establecer todo lo concerniente a los derechos de la niñez, con ello reconociendo para efectos de esta investigación uno de sus derechos más importantes que es el respeto del derecho a ser escuchado en juicios de guarda y custodia con la finalidad de que sea la niña, niño o adolescente quien emita su opinión de manera informada con que progenitor se siente mejor, esto atendiendo a su interés superior, en esta tesitura:

La Argentina, como el resto de los Estados parte, tiene la obligación de presentar informes periódicos, (...) sobre el modo en que los niños ejercen sus derechos en todo el territorio. El Comité, por su parte, revisa cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones en forma de “observaciones finales”, lo cual hace que los países, en la medida que se comprometen con la niñez, evolucionen en sus normativas y en la aplicación de estas. En la Argentina, resulta indiscutible el rol que la CDN ha jugado desde el momento en que el país adhirió a la Convención, hace poco más de 20 años. Prueba de ello es que son casi excepcionales los casos de políticas públicas actuales orientadas a la primera infancia (...).²⁰⁹

En este contexto, se destaca como el país de Argentina se está adecuando mediante sus instrumentos jurídicos a ese paradigma sobre hacer efectivos los derechos de las niñas, niños ya adolescentes. El principal cambio radica en otorgar

²⁰⁸ Corbetta Silvina, D´Alessandre Vanesa, *La situación de la primera infancia en la Argentina a dos décadas de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Fundación Arcor, 2da. Ed., Córdoba, 2018, p.3.

²⁰⁹ Corbetta Silvina, D´Alessandre Vanesa, *op. cit.*, p.4.

a niñas y niños el estatus de sujetos de derecho, y en posicionar a los Estados como garantes de esos derechos

4.1.1.-Constitución de la Nación de Argentina

Uno de los instrumentos importantes a comparar en el derecho argentino es la Constitución de la Nación de Argentina, en cuanto que se reconoce que:

Niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, varios con jerarquía constitucional (...), a la vez que gozan de derechos específicos por su condición de personas en etapa de crecimiento. En consecuencia, tanto la Constitución Nacional como diferentes normas internacionales fijan obligaciones concretas de los Estados en favor de niños, niñas y adolescentes²¹⁰.

Existiendo en el marco constitucional el reconocimiento de los derechos de la niñez, para que el Estado promueva y prevea su aplicación efectiva, siendo en su artículo²¹¹ 75º, en donde de manera general se hace la mención de la obligación de la autoridad para crear leyes y programas necesarios para la promoción de los derechos de las, niñas, niños y adolescentes.

En este contexto, el fenómeno que se ha presentado con mayor auge a partir de la Convención de los Derechos de los Niños, el país de Argentina se incorporó en la Constitución Nacional y tiene su plena aceptación con la Ley de

²¹⁰ Dirección General de Derechos Humanos, *Los derechos de niños, niñas y adolescentes Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017)*, Dirección de Relaciones Institucionales, Argentina, 2018, p. 11.

²¹¹ Art. 75, apartado 23: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (N° 26.061) y en el Código Civil y Comercial de la Nación.

4.1.2.-Codigo Civil y Comercial de la Nación

En cuanto al instrumento jurídico consistente al Código Civil y Comercial de la Nación, es importante reconocer que a pesar de que aun utiliza un término erróneo para dirigirse a las niñas, niños y adolescentes es un instrumento interesante para estudiar en este marco comparativo, debido a que en su artículo 26º, hace hincapié en el derecho a la participación de la niñez²¹², que en todo juicio que tengan algún interés deben ser oídos, y representados.

En esta tesitura, la doctrina señala que:

El hito normativo contemporáneo de mayor relevancia en el campo del derecho privado es, sin lugar a duda, el Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia desde el 01/08/2015. Este texto legal pretende ser un “dar de nuevo” en este campo del derecho que tanto se lo ha criticado –con acierto- a la luz del desarrollo de la doctrina internacional de los Derechos Humanos, (...) En este número dedicado al nuevo texto legal civil y comercial, (...) responde a buenas presiones provenientes de la Convención sobre los Derechos del Niño reafirmados en el ámbito nacional por la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes²¹³.

²¹² Artículo 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

²¹³ Dirección General de Derechos Humanos, *op. cit.* p.69.

De igual forma, este instrumento jurídico resulta importante para el reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, debido a que con este marco legal:

Se pretende alcanzar una coherencia entre el derecho privado y los derechos humanos en materia de infancia y adolescencia, ámbito íntimamente vinculado con las relaciones de familia que regula el Código Civil y Comercial en su Libro Segundo. Para tal fin, se introducen una gran cantidad de cambios (derogaciones e incorporaciones) de varios de los avances legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios que observa el régimen jurídico argentino en los últimos 25 años desde la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁴

Asimismo, es primordial resaltar que otro de los aspectos relevantes de este Código es el reconocimiento que se les brinda a las niñas, niños y adolescentes a tener una presencia activa basada en el principio de autonomía progresiva, es decir, en la potestad de ejercer de manera personal sus derechos entre ellos emitir su opinión de manera informada.

De manera análoga, esta autora destaca lo concerniente a la responsabilidad parental y los derechos de las niñas, niños y adolescentes, tal y como se señala en el artículo 639^o de este Código²¹⁵, mismo precepto en el que se reconocen los principios rectores de dicho juicio, siendo este apartado fundamental para la propuesta a detallar en la presente investigación.

²¹⁴ Herrera, Mariza, *Los derechos de infancia y adolescencia en el código civil y comercial de la nación: claves para entender una nueva interacción legal*, Universidad de Buenos Aires, Vol.9, 2016, p.5.

²¹⁵ ARTICULO 639.- Principios generales.

Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:
a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.

Otro de los artículos a destacar, por resultar importante para esta investigación es el 706^o, mismo que señala los principios rectores del procedimiento familiar²¹⁶ y que uno de ellos el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, ya que con esta investigación se busca proponer que este principio sea uno de los cuales verse el juicio de guarda y custodia en el Estado de Morelos.

Para finalizar, el Código²¹⁷ hace mención nuevamente en el apartado del procedimiento familiar que el derecho de las niñas, niños y adolescentes a emitir su opinión es importante sea tomado en cuenta en todo tipo de juicio en el que tengan algún interés por ser considerados como sujetos de derecho.

4.1.3.-Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Uno de los principales instrumentos a estudiar en el derecho comparado, con relación a Argentina es la Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas,

²¹⁶ ARTICULO 706.- Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediatez, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.

b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.

c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas

²¹⁷ ARTICULO 707.- Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

Niños y Adolescentes, en cuanto que resulta una herramienta clave para la propuesta del presente trabajo.

Esta Ley es aprobada en el 2005, se constituye adecuándose a la Convención de los Derechos del Niño, busca obligar “al Estado a rearmarse institucionalmente para relacionarse de otro modo con la infancia. Esto supone reconceptualizar la niñez como sujeto de derecho y redefinir los roles de la familia y la sociedad civil, pero, por, sobre todo, el papel que el propio Estado debe cumplir”²¹⁸, ante ello el autor menciona algo que resulta interesante en cuanto a este fenómeno que se viene presentando con mayor auge cada día y es ese respeto y promoción de los derechos de la niñez por parte del Estado, la familia y la sociedad en general.

En esta tesitura, de acuerdo con la doctrina “El bloque normativo [de Argentina] se completa, además, con la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (n° 26.061), sancionada con el fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales, en especial aquellos consagrados en la [Convención de los Derechos del Niño]²¹⁹”, buscando con ello hacer valer el objetivo de dicha convención, mismo que es tomar en cuenta a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho.

En este marco, se puede resaltar que, con el nuevo paradigma de los derechos de la niñez, se presentaron cambios significativos en cuanto que, de menores, paso a la denominación de Niños y jóvenes, mismo quienes eran considerados como objetos de protección, y pasaron a ser reconocidos como sujetos de derecho, asimismo en un tiempo no importaba la opinión de las y los niños, sin embargo, en la actualidad es central la opinión de las niñas, niños y adolescentes.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 18.

²¹⁹ Dirección General de Derechos Humanos, *op. cit.* p. 11.

Este instrumento jurídico en sus artículos²²⁰ 2º y 3º, reconoce al interés superior de las niñas, niños y adolescentes, como principio rector de cualquier proceso o acto en el que se vean inmersos los infantes, floreciendo el valor del respeto a su persona y con ello a su dignidad.

De acuerdo con la doctrina, entre sus aspectos importantes, la Ley N° 26.061 reconoce:

La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y sostiene la igualdad de toda la infancia, sin distinción o discriminación por motivos de sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, nacionalidad, posición socioeconómica, etc. Define el principio rector del interés superior del niño como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos. Busca el fortalecimiento de los vínculos entre padres e hijos; por lo tanto, la separación de los niños de sus familias debe ser una medida que se instrumente como último recurso, sólo aplicable de forma excepcional en casos de violaciones graves de los deberes familiares²²¹.

Es por ello, por lo que esta autora considera que este instrumento jurídico de Argentina reconoce diversos aspectos con relación a la infancia, en cuanto que

²²⁰ Artículo 2º.- Interés Superior. A todos los efectos emergentes de la presente ley, se entiende por interés superior de niños, niñas y adolescentes, el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudieran reconocérseles.

Artículo 3º.- Aplicación e interpretación. En la aplicación e interpretación de la presente ley, de las demás normas y en todas las medidas que tomen o en las que intervengan instituciones públicas o privadas, así como los órganos legislativos, judiciales o administrativos es de consideración primordial el interés de niños, niñas y adolescentes.

²²¹ Dirección General de Derechos Humanos, *op. cit.* p. 23.

en su artículo 17^o, señala lo concerniente al derecho a ser oídos en juicio²²², en el que tengan algún interés.

De igual manera, la doctrina menciona que esta es la norma a partir de la cual se crea “la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, órganos rectores de las políticas de infancia de la Nación y sus jurisdicciones, y base de la implementación del Sistema de Protección Integral. Establece, además, la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”²²³, resultando órganos fundamentales para la divulgación, respeto y efectiva aplicación de los derechos de la niñez.

Por otra parte, con la Ley de Protección Integral, independientemente de que crea nuevos órganos en Argentina para promover y proteger a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se implementa “un corpus legal que da sustento a las políticas públicas del país, que viabiliza el cumplimiento de la Constitución Nacional y los acuerdos internacionales y vuelve a las acciones gubernamentales políticas de Estado²²⁴”, para garantizar el respeto a la infancia²²⁵, tal y como se reconoce en los artículos 18^o, 19^o y 20^o de este instrumento jurídico.

²²² Artículo 17.- Derecho a ser oído. Los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos.

²²³ Dirección General de Derechos Humanos, *op. cit.* p. 57.

²²⁴ *Ibidem.*, p.60

²²⁵ Artículo 18.- Derecho a la Dignidad. Es deber de la familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad proteger la dignidad de niños, niñas y adolescentes impidiendo que sean sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio, a prostitución, explotación sexual o a cualquier otra condición inhumana o degradante.

Artículo 19.- Derecho a ser Respetado. El respeto a las niñas, niños y adolescentes consiste en brindarles comprensión, en otorgarles la oportunidad al despliegue de

4.1.4.-Criterios jurisprudenciales

En este contexto analizar diversos criterios jurisprudenciales es importante debido a que se relacionan hechos ciertos sobre el derecho de las niñas, niños y adolescente a ser escuchados en juicios que tengan algún interés, tal como se presente en el criterio CSJ 004387/2015/CS001²²⁶, del cual se derivan hechos relacionados con este tema, debido a que versa principalmente sobre el interés superior de la niñez, señalando su conceptualización y mostrando los objetivos primordiales de este.

Por otra parte, otro de los criterios jurisprudenciales de argentina que versa sobre el tema del derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en juicios es

sus actividades, al desarrollo de sus potencialidades, al goce y ejercicio de sus derechos y al protagonismo activo inherente a las prácticas ciudadanas acordes con su edad.

Artículo 20.- Derecho a la Igualdad. Los niños, niñas y adolescentes tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley.

²²⁶ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su art. 3º, entiende por interés superior de los niños la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida, entendiendo por tal el lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

el S.C. M, N' 394; L. XLIV²²⁷, del cual se deriva que a pesar de que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar en juicios que tengan algún interés, una variante es su capacidad para ejercer ese derecho, sin embargo “La madurez suficiente -dice- es una variante fáctica que debe comprobarse en cada situación concreta, donde la historia y el momento personal de crecimiento intelectual-valorativo, son componentes de la aptitud para formarse una opinión con relación al tema en discusión”²²⁸, siendo esto muy importante para el ejercicio de varios derechos de este grupo etario.

4.2.- Chile

Con relación al estudio sobre el paradigma del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias que tengan algún interés, cabe señalar que uno de los países con mayor trascendencia en torno a este derecho es Chile, en cuanto que al momento de que “el derecho del niño a ser oído fue incorporado en el ordenamiento jurídico nacional hace 27 años, con la suscripción

²²⁷ CAPACIDAD PARA ESTAR EN JUICIO - CAPACIDAD - MENORES - PROTECCION DE MENORES - INTERPRETACION DE LA LEY - CODIGO CIVIL - PATROCINIO LETRADO Las prescripciones de la ley 26.061 -protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes- deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo, y en tal sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por dicha ley, por lo que, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2° del Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte.

²²⁸ Jurisprudencia, consultado el 22 de diciembre del 2020, disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=3554773&cache=1608762315746>

por el Estado chileno de la Convención sobre los derechos del niño. Desde ahí se consagra como un derecho humano que se encuentra establecido en a lo menos cinco cuerpos legales”²²⁹, trayendo como consecuencia un enfoque de respeto a los derechos de este grupo etario; asimismo

Las reglas que se refieren al ejercicio del Derecho en referencia se encuentran en seis cuerpos normativos: La ley de Matrimonio Civil, la Ley sobre Adopción, la Ley que Autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos, la Ley de Tribunales de Familia (...), y el Código Civil. De todas ellas, el marco referencial lo constituye la Convención de derechos del niño (...). Sobre la base de dichos instrumentos (...) se establecen los parámetros siguientes: (i) que existan garantías por parte de los Estados para la práctica de la diligencia. Con esto, existe la obligación estatal de incorporar mecanismos adecuados para que el niño sea escuchado. (ii) Que el niño de que se trate, para que pueda declarar, esté en condiciones de formarse un juicio propio, lo que implica que no se puede partir de la premisa que un niño es incapaz de expresar su opinión y siempre se deberá evaluar su capacidad de formarse una opinión autónoma. Además, han de considerarse las formas no verbales de expresión, tales como dibujos, expresiones faciales, etc. Finalmente, la posibilidad que se expresen los niños con discapacidad o pertenecientes a minorías étnicas. (iii) Que este pueda expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten. Ello significa que su declaración no sea sujeta a ninguna presión, ni manipulación, por parte de terceros Y que, (iv) sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su edad y madurez. Es decir, no basta con escucharlo, sino que deben tomarse en consideración sus opiniones de acuerdo con dichos factores. En ese sentido, como la edad y madurez son aspectos relativos, sus declaraciones deben analizarse caso a caso, sin límites (...)²³⁰

Es decir que, el país de Chile es uno de los países que ha instaurado en más de un instrumento jurídico el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias en donde se vean involucrados, atendiendo los

²²⁹ Carretta Muñoz Francesco, *El Derecho del Niño a Ser Oído en la Justicia de Familia: La Esencialidad del Derecho Versus la Esencialidad del Trámite de la Audiencia Confidencial*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 45, No. 2, Santiago Chile, 2018, p. 122.

²³⁰ *Ibidem*, p.132.

diversos factores que complementan el ejercicio debido de esta prerrogativa para la niñez.

En este contexto, es importante mencionar que en los instrumentos jurídicos de Chile se han realizado cambios trascendentales en torno al tema de la infancia y la adolescencia, debido a que el paradigma sobre los derechos de la niñez, para este país significó implementar:

(...) la Protección Tutelar, que concibe al niño como un objeto de protección del Estado y de la sociedad en general, a la doctrina de la Protección Integral del Niño, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho. Es así como los Estados iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la Protección Integral, en la cual se considera al niño, niña o adolescente como sujeto de derecho y de persona en desarrollo, dejando atrás la concepción de que el menor era un simple destinatario de acciones sociales o un mero objeto de sus padres y del Estado o un sujeto pasivo de medidas de protección²³¹.

Ante tal situación, Chile es uno de los países con mayor trascendencia para el tema de la presente investigación en cuanto que ya cuenta con diversos medios para el ejercicio de este derecho, asimismo es sumamente importante analizar cómo es implementado el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, con el objetivo de implementar todo lo respectivo para el mejor proveer de este derecho.

4.2.1.- Constitución Política de la República de Chile

En cuanto a la Constitución Política de la República de Chile, cabe resaltar que es un instrumento jurídico fundamental para esta investigación, en tanto que en su artículo primero²³², reconoce en primer lugar que todas las personas son

²³¹ Vargas Gómez de la Torre, Maricruz, *Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos*, Revista de Derecho, UCUDAL, 2da época, no. 18, Chile, 2018, p. 2.

²³² Artículo 1°. - Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

libres e igual en dignidad, significando con ello que las niñas, niños y adolescentes también deben respeto a su persona y derechos, asimismo se fundamenta el derecho a la libertad de emitir opinión y la de informar, derechos que apuntados al derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias en las que tengan algún interés van entrelazados debido a que este grupo etario debe de estar informado para poder emitir una opinión.

Un aspecto, interesante es que en la Constitución Chilena no se habla más sobre algún derecho relacionado directamente con la niñez, sin embargo, resulta un instrumento fundamental para el obrar de las autoridades, además de que se reconocen diversos derechos que le son reconocidos a todas las personas, palabras que son aplicadas a la niñez, en cuanto que también son personas y es el mismo país quien los reconoce como sujetos de derechos.

4.2.2 Código Civil

En este contexto, es importante estudiar el Código Civil de Chile, en cuanto que desde su artículo veintiséis²³³, se hace la conceptualización de infante y adolescente, estableciendo un rango de edades para que se encuentran dentro de ese grupo etario, poniendo como limitante los dieciocho años.

Asimismo, en su artículo 225-2 en sus incisos F y J se fundamenta lo concerniente a el objetivo principal de esta investigación, debido a que señala que:

La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado

²³³ Art. 26. Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

“En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: (...) f) La opinión expresada por el hijo, (...) J) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo (...)”²³⁴, resaltando de ello que para la determinación del cuidado personal de los hijos debe tomarse en cuenta su opinión y además el interés superior de este, para que el operador jurídico realice una determinación.

Además, en su artículo doscientos veintisiete²³⁵, se vuelve a resaltar que el operador jurídico en las materias que involucren a las niñas, niños y adolescentes, estos, deberán ser oídos en juicio y tomados en cuenta, así como a las demás partes, como objetivo principal el que haya más herramientas para los jueces a la hora de dictar una resolución.

En este contexto, se puntualiza el artículo doscientos veintinueve, en su párrafo tercero en tanto que se reconoce que:

El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular (...)

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente: a) La edad del hijo. b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos. c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado. d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

²³⁴ Código Civil de Chile, consultado el 12 de marzo del 2021, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

²³⁵Art. 227. En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes

El artículo anterior, reconoce diversos factores que son clave para el efectivo ejercicio del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias en donde verse el cuidado personal de este grupo etario, como lo es el grado de madurez que tienen para emitir su opinión respecto a la controversia que se está suscitando además de velar siempre por su interés superior.

Uno de los factores de suma importancia que reconoce el artículo en mención, es la edad de la niña, niño o adolescente que deberá ser escuchado, debido a que no solo es señalar que se va a escuchar a este grupo etario, sino ver y estudiar las diversas situaciones a las que el operador jurídico se va a enfrentar, en tanto se ponga en ejercicio este derecho.

Por último y no menos importante, está el artículo doscientos cuarenta y dos en su párrafo segundo²³⁶ en donde se habla principalmente de que el operador jurídico para que dicte una resolución siempre deberá tomar en cuenta el interés superior de la niña, niño o adolescentes, con el objetivo de que los escuche tomando en cuenta su edad y grado de madurez, esto en resumen de todo lo señalado anteriormente, como factores principales para que el derecho a la escucha de las niñas, niños y adolescentes sea ejercido conforme a derecho.

4.2.3.- Ley de Tribunales de Familia

En esta tesitura, otro de los instrumentos jurídicos en los que Chile ha incorporado todo lo concerniente al paradigma sobre los derechos de la niñez es la Ley de Tribunales de Familia, debido a que este instrumento en su artículo

²³⁶ Art. 242. (...) en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez

dieciséis²³⁷, reconoce al interés superior de la niñez y el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos como principios rectores del proceso familiar, con ello marcándose un gran cambio en torno a los derechos de las niñas, niños y adolescentes además de que en este mismo artículo son reconocidos como ser humano y por ello debe tratárseles con dignidad y como sujetos de prerrogativas.

Por otra parte, en su artículo sesenta y nueve²³⁸, se fundamenta la comparecencia de las niñas, niños y adolescentes en juicio, señalando a demás que el juez deberá de escuchar la opinión de este grupo etario, siempre tomando en cuenta los dos aspectos para su debido ejercicio tal y como lo es su edad y grado de madurez, con la finalidad de que esta opinión sea un instrumento más para el operador jurídico a la hora de emitir su resolución.

Por consiguiente, en el artículo setenta y dos²³⁹ de esta Ley se habla sobre la audiencia preparatoria, resaltando que en dicho artículo ya se considera a la niña,

²³⁷ Art. 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años.

²³⁸ Artículo 69.- Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez.

²³⁹ Artículo 72.- Audiencia preparatoria. Iniciado el procedimiento, el juez fijará una audiencia para dentro de los cinco días siguientes, a la que citará al niño, niña o

niño o adolescente para ser citado y tomado en cuenta a la hora de dictarse una resolución, resultando un punto muy importante, en cuanto que ya está establecido como un deber del juez tomar en cuenta a este grupo etario en las audiencias.

En esta tesitura, este mismo artículo, argumenta como el juez deberá de desarrollar la audiencia, entre ello informar a las partes de que versa el proceso y que se busca con él y haciendo especificación sobre las niñas, niños y adolescentes en tanto que deberán de utilizar un lenguaje apropiado y claro para ellos, asimismo que deberán de realizar un estudio sobre qué tan afectados o que tanto le afecta el tema a cada una de las niñas, niños o adolescentes que se vean involucrados en controversias.

Considerando estos autores, que la Ley de Tribunales Familiares, es uno de los instrumentos jurídicos de Chile que abarca el tema de los derechos de la niñez y específicamente el derecho a que sean escuchados más importante para los operadores jurídicos, debido a que se establecen los principios, y pautas a seguir para que sus derechos sean ejercidos de manera eficaz.

4.2.4.- Criterios Jurisprudenciales

Por otra parte, Chile es uno de los países con mayor reconocimiento al derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en juicios en los que

adolescente, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté, y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto.

Durante la audiencia, el juez informará a las partes acerca del motivo de su comparecencia, sus derechos y deberes, y responderá a las dudas e inquietudes que les surjan. Los niños, niñas o adolescentes serán informados en un lenguaje que les resulte comprensible.

El juez indagará sobre la situación que ha motivado el inicio del proceso, la forma en que afecta al niño, niña o adolescente y sobre la identidad de las personas que se encuentren involucradas en la afectación de sus derechos (...)

tengan algún interés, destacando el que versa sobre su cuidado parental, por ello existen diversos criterios jurisprudenciales en los que se reconocen diversos aspectos como lo es que “el derecho de los niños a ser oído no significa que debe aceptarse su opinión. Ponderación de la opinión de los menores junto a los demás antecedentes de la causa”²⁴⁰, es decir Chile es uno de los países que no solo busca los pros de este derecho sino que también analiza la parte negativa de ejercer este derecho dejando claro que el hecho de que se escuche a las niñas, niños y adolescentes no significa que se tomara en total o parte de su opinión, sin embargo si será una herramienta más para el operador jurídico al momento de dictar una sentencia sobre su cuidado personal, asimismo haciendo mención sobre la ponderación de los hechos, pruebas, y opiniones de todas las partes involucradas, pero con ello se busca el mejor resultado para su cuidado y ejercicio de los demás derechos que le son reconocidos.

En este contexto, de acuerdo con la jurisprudencia número 4.993-2015, sobre el cuidado personal de las niñas, niños y adolescentes se hace hincapié en lo siguiente, en cuanto que este grupo etario a nivel internacional como nacional y local es reconocido como sujeto con prerrogativas inherentes a ellos por el hecho de ser personas.

En efecto, dicho principio incluye en su contenido una serie de derechos que configuran la esencia del derecho fundamental a un proceso racional y justo, conforme lo consagran el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política de la República, y el artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que bajo el epígrafe “garantías judiciales”, detalla de la siguiente forma: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus

²⁴⁰ Corte suprema, Chile no.6323-15, Cuidado personal, consultada el 11 de enero del 2021, disponible en: <http://www.jurischile.com/2015/07/cuidado-personal-inexistencia-de-norma.html>

derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.²⁴¹

En consiguiente, existe otra jurisprudencia que para efectos de esta investigación resulta importante, debido a que se habla sobre el interés superior de la niñez, como un principio fundamental, que garantiza el respeto a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, tal y como se observa a continuación:

(...) de otro lado, el interés superior del niño constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y de mayor relevancia para la decisión en este tipo de materias. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar queda claro que alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida (...), éste junto con el derecho a ser oído, han constituido precisamente los fundamentos sobre la base de los cuales los jueces del fondo han fundado su decisión de rechazar la acción intentada, teniendo especialmente en consideración, el vínculo de apego que tiene el niño con su padre, con quien ha permanecido la mayor parte de su vida y la estabilidad que éste y su familia le han brindado, además de los beneficios que esto puede aportar a su desarrollo, en concordancia con lo que los diversos informes y opiniones de expertos han manifestado o dejado constancia en el proceso.²⁴²

Por último, cabe señalar, que el que exista una especialización en las autoridades para tratar asuntos con las niñas, niños y adolescentes es de suma importancia al igual que la implementación de salas lúdicas, con la finalidad de que

²⁴¹ Corte suprema, Chile no. 4.993-2015, cuarta sala, Cuidado personal, control de admisibilidad en materia de familia, oportunidad y extensión, consultada el 11 de enero del 2021, disponible en <http://www.jurischile.com/2015/11/cuidado-personalcontrol-de.html>

²⁴² Corte suprema, Chile no. 620-10, cuarta sala, interés superior del niño. Determinación del cuidado personal del menor, consultada el 11 de enero del 2021, disponible en <http://www.jurischile.com/2010/07/interes-superior-del-nino-determinacion.html>

este grupo etario se sienta en confianza y pueda emitir su opinión de manera libre sin ningún tipo de sensación de amenaza, desconfianza o miedo.

4.3.- Colombia

Otro de los países que vela por los derechos de las niñas, niños y adolescentes y que para efectos de esta investigación resulta importante su estudio comparado es Colombia, país que “ratificó en 1991 la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo, sólo hasta el año 2006 se expidió un nuevo Código de Infancia y Adolescencia que adecua la legislación a los compromisos internacionales”²⁴³, con ello se pretendió crear escenarios para garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, otro de los factores importantes a destacar del país de Colombia es respecto a los principios en los que se basan los instrumentos jurídicos dirigidos a las niñas, niños y adolescentes, tales como el principio del interés superior del niño, el de protección integral, la prevalencia de derechos y la corresponsabilidad, los cuales constituyen que se garanticen sus derechos, asimismo que sean considerados sujetos de derecho, incorporando un nuevo paradigma dentro del Derecho Colombiano.

4.3.1.- Constitución Política de Colombia

En esta tesitura, uno de los instrumentos jurídicos a resaltar en este estudio es la Constitución Política de Colombia, misma que desde su artículo primero²⁴⁴

²⁴³ Durán Strauch, Ernesto, Guáqueta Rodríguez, Camilo Andres, *et al.*, *Restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema nacional de bienestar familiar*, Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2017, p. 5.

²⁴⁴ Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de Republica unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana,

señala que Colombia es un país que funda su derecho en el respeto de la dignidad de las personas, esto implica que las niñas niños y adolescentes a ser considerados sujetos de prerrogativas son tendientes a ser protegidos por este instrumento desde su primer artículo.

En este contexto, entre los artículos que resultan importantes para esta investigación es el artículo segundo²⁴⁵, del cual se desprende en su párrafo segundo que todas las autoridades tienen la obligación de proteger a todas las personas para asegurar la aplicación de sus derechos, con ello implicando el respeto y protección de todas las prerrogativas de las niñas, niños y adolescentes, en cuanto que no dejan de ser personas.

Por otra parte, es importante mencionar lo que respecta al artículo cuarenta y cuatro²⁴⁶, debido a que es el artículo en donde de manera textual reconoce los

en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

²⁴⁵ (...) Las autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

²⁴⁶ Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral, o económica, y trabajos riesgosos. Gozaran también de los demás derechos consagrados en la constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus

derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, resaltando de todos ellos la libre expresión de su opinión, en cuanto que es un derecho ligado al tema de esta investigación, mismo que es el derecho a que sean escuchados en juicios que tengan algún interés, de igual forma se fundamenta en este precepto que serán respetados todos los derechos reconocidos en todos y cada uno de los tratados y convenciones de los que Colombia sea parte, entre los instrumentos jurídicos internacionales más importantes es la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, se desprende de este artículo en su párrafo tercero, que es obligación de la familia, el Estado y de la propia sociedad de asistir y salvaguardar a las niñas, niños y adolescentes para que sus derechos sean protegidos y garantizados, de igual manera en su siguiente párrafo hace hincapié en que los derechos de este grupo etario resultan importantes tanto que preponderan sobre los derechos de las demás personas.

Para finalizar, lo concerniente a la Constitución Política de Colombia, es menester abordar el artículo cuarenta y cinco, mismo que señala que “el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El estado y la sociedad garantizaran la participación de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”²⁴⁷, resultando de ello una situación fundamental para las niñas, niños y adolescentes, debido a que inician con el ejercicio de su derecho a ser informados para que su capacidad progresiva vaya formándose con mayor credibilidad al momento de emitir su opinión.

derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

²⁴⁷ Constitución Política de Colombia, ed. Actualizada, Arca, Colombia, 2019, p.15

4.3.2.- Código de la Infancia y Adolescencia

Otro de los instrumentos que aborda temas importantes sobre los derechos de la niñez es el Código de la Infancia y Adolescencia, que de acuerdo con este instrumento “las acciones dirigidas a la garantía, a la prevención de la vulneración y al restablecimiento inmediato de derechos de niños, niñas y adolescentes, debe hacerse de manera integral, con la participación de diferentes instituciones públicas y privadas, amparadas bajo el principio de corresponsabilidad”²⁴⁸, es decir que su principal objetivo es velar por los derechos de este grupo etario, asimismo:

De acuerdo con el Código de la Infancia y la Adolescencia, el restablecimiento de derechos está constituido por todas las acciones que desarrollan las instituciones del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con el fin de restaurar la dignidad e integridad que como sujetos han de tener los niños, niñas y adolescentes, y la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que les han sido vulnerados. El Código establece el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como el medio por el cual el Estado interviene en los casos en los que hay amenaza, inobservancia o vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes²⁴⁹.

Lo anterior resulta, importante en cuanto que es uno de los instrumentos jurídicos de Colombia, en donde versa todo lo concerniente a la protección y promoción de los derechos de la niñez, asimismo involucra el entorno familiar para ese ejercicio efectivo de sus prerrogativas, en este contexto es importante resaltar lo establecido en los primeros artículos de esta Ley, debido a que señala su finalidad, objetivo y principios por los que se regirá:

(...) Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin

²⁴⁸ Durán Strauch, Ernesto, Guáqueta Rodríguez, Camilo Andres, *et al.*, *Restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema nacional de bienestar familiar*, *op. cit.* p. 23

²⁴⁹ *Ibidem.* p. 30

discriminación alguna (...) [asimismo], tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado²⁵⁰.

En esta tesitura, los artículos séptimo y octavo ²⁵¹ de este código, fundamentan todo lo correspondiente al reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, con la finalidad de sean garantizados y respetados, asimismo se muestra que este grupo etario es tomado en cuenta como sujetos de derechos y están propugnados por el principio del interés superior de la niñez, mismo que resulta importante para la protección de sus derechos.

Por otra parte, en su artículo doce²⁵², abarca un tema de suma importancia mismo que es la perspectiva de género, tema que mucho tiene que ver con las

²⁵⁰ Congreso de Colombia, consultado el 11 de diciembre del 2020, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_la_infancia_y_la_adolescencia_colombia

²⁵¹ Artículo 7°. Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de estos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal I con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Artículo 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

²⁵² Artículo 12. Perspectiva de género. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las

niñas, niños y adolescentes en cuanto que se encuentran dentro de los grupos vulnerables, en cuanto que durante mucho tiempo han sido considerados como sujetos de custodia y no de derecho.

Por último, uno de los artículos y no menos importante a mencionar es el veintiséis en cuanto que este precepto reconoce el derecho al debido proceso, mismo que señala que:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta²⁵³.

De lo que se deriva que, las niñas, niños y adolescentes tienen garantías que protegen y garantizan su derecho a ser escuchados en juicios del que tengan algún interés, así como que las actuaciones de los operadores jurídicos sean siempre respetando su dignidad y ser tomada en cuenta su opinión.

4.3.3.- Criterios Jurisprudenciales

En cuanto a los criterios jurisprudenciales en el país de estudio, resulta importante el tema sobre el respeto y protección de los derechos de la niñez, tanto que de acuerdo con la jurisprudencia T-005/18²⁵⁴ sobre la prevalencia de los

relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad.

²⁵³ Código de la infancia y adolescencia, consultado el 2 de octubre del 2020, en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_la_infancia_y_la_adolescencia__colombia.

²⁵⁴ T-005/18, corte Constitucional Republica de Colombia, número nueve, enero 2018, consultada el 22 de noviembre del 2020, disponible en

derechos de las niñas, niños y adolescentes como expresión del interés superior de la niñez, misma que sostiene:

(...) que, pese a la existencia de otro medio de defensa judicial, el examen de procedencia de la acción tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como sería el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, porque, en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el Estado les debe garantizar un tratamiento diferencial positivo. Además, porque es corresponsable junto con la familia y la sociedad, de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (...).

son criterios jurídicos para determinar el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes en un caso particular: (i) la garantía del desarrollo integral del menor de edad; (ii) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares, de tal forma que si se altera dicho equilibrio debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; (vi) la necesidad de justificar con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones familiares, y (vii) la evasión de cambios desfavorables en las condiciones de los niños involucrados (...)

Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que, en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=%22Prevalencia+de+los+derechos+de+los+ni%C3%B1os%22&campo=%2F&pg=0>

circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo (...)

Es decir, que este instrumento lo que busca es reafirmar lo que se establece de manera genérica en el Código de la infancia y adolescencia, con relación al principio de prevalencia mismo que señala que los derechos de las niñas, niños y adolescentes deberán estar por encima de los demás derechos, por el hecho de ser un grupo vulnerable, es así como esta jurisprudencia establece puntos interesante en torno a este tema, señalando particularidades importantes para reconocer con efectividad el objetivo de este principio frente a los derechos de la niñez.

En este contexto, otro criterio jurisprudencial importante para efectos de esta investigación es lo establecido en la jurisprudencia T-033/20 sobre la prevalencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en cuanto al deber de autoridades judiciales de dar prelación al interés superior del niño²⁵⁵, misma en

²⁵⁵ El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes tiene un amplio reconocimiento no solo en el ordenamiento jurídico interno, sino en instrumentos internacionales, que lo han catalogado de manera general como una protección especial de la que goza la menor dirigida a su adecuado desarrollo físico, psicológico y social. Esta prerrogativa debe ser analizada desde la realidad concreta del caso y de la situación de cada menor, evaluando las consideraciones fácticas y jurídicas que lo rodean. Particularmente, en el marco de los procesos de custodia y cuidado personal, las autoridades administrativas y judiciales están en el deber de aplicar este principio como piedra angular en la toma de las decisiones que afecten a los niños, pues de ello dependerá su crecimiento, desarrollo y crianza en condiciones adecuadas, armónicas e integrales (...).

Esta Corporación ha destacado el trascendental rol que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los niños, y ha fijado unas reglas concretas dirigidas a asegurar que los procesos judiciales que tengan

la que se argumenta sobre el interés superior de la niñez, haciendo hincapié en que este principio es reconocido tanto a nivel interno como internacional, asimismo

la potencialidad de alterar de cualquier forma la situación de un niño se tramiten y resuelvan desde una perspectiva acorde con los postulados que propenden por la salvaguarda de su bienestar y con su condición de sujeto de especial protección constitucional. Lo anterior, en los siguientes términos: i) se deben contrastar sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil; ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en determinado proceso; iii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el menor; iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional (supra núm. 13); v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad; y vi) las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad (...).

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes se traduce en la efectividad de numerosas garantías en favor de estos, *dentro de las cuales se encuentra el derecho a ser escuchados, a formarse su propio juicio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las decisiones que los afecten o los involucren. Esta prerrogativa tiene sustento en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en la Constitución Política y en varios instrumentos internacionales, todos dirigidos a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.*

resaltando los puntos claves que deben considerarse para su interpretación y efectiva aplicación.

Asimismo, abarca el tema sobre el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en juicios, mismo derecho que se ve inmerso con el principio del interés superior de la niñez, al proteger y garantizar su derecho a ser escuchado y a ser informado, para lograr emitir su opinión de manera informada, atendiendo su capacidad progresiva.

4.4.- Nicaragua

En cuanto al país de Nicaragua, el estudio comparado resulta interesante para realizar pautas a la propuesta en la que se está trabajando en el presente proyecto debido a que es uno de los países que a pesar de sus problemas en el ámbito económico no permite que se vulneren los derechos de las niñas, niños y adolescentes, asimismo es uno de los países que cuenta con una alta gama de programas y autoridades que versan por el respeto de los derechos de este grupo etario, de igual manera:

Para la aplicación de la Convención ha elaborado varios instrumentos que reafirman los derechos de la niñez y la adolescencia, entre estos están, el Código de la Niñez y la Adolescencia que ha sido ampliamente difundido a través de versiones oficiales y populares, y la Política Nacional de Atención Integral a la Niñez y la Adolescencia, de la cual se han editado y difundido 5,000 ejemplares.²⁵⁶

En este contexto, para esta autora el hacer un estudio comparativo de los instrumentos jurídicos sobre el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en juicios que tengan algún interés, resulta enriquecedor para el presente trabajo, en cuanto que:

²⁵⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Tercer informe sobre la Situación de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de Nicaragua*, consultado el 13 de noviembre del 2020, disponible en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/documents/statereport/srf-nicaragua-3.pdf>

Los avances más importantes (...) han sido la aprobación y puesta en vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia y la elaboración de Políticas y Planes de Acción que orientan los pasos a seguir para que los niños, niñas y adolescentes disfruten de los derechos consignados en la Convención sobre los Derechos del Niño. El Estado Parte cuenta con los instrumentos jurídicos, políticos, técnicos y las instancias de articulación necesarias para avanzar en el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, tomando en cuenta los planos nacional y local. Se han fortalecido las instancias para la promoción y defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia. La implementación del Plan de Acción Nacional para la Niñez y la Adolescencia, 2002-2011 (...) aunque persisten los problemas estructurales como la pobreza, que limitan el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, el Gobierno de Nicaragua está comprometido con esta tarea, para lo cual impulsa la Estrategia Reforzada de Crecimiento Económico y Reducción de la Pobreza, como el principal instrumento que articula todas las acciones para mejorar la calidad de vida de las poblaciones más vulnerables, entre ellas, la niñez y la adolescencia y las familias²⁵⁷.

Siendo estos factores importantes para el estudio comparado del paradigma que en día se presenta en torno a los derechos de la niñez y el respeto a que sean escuchados y considerados como sujetos de derecho.

4.4.1.-Constitución Política de la Republica de Nicaragua

Es importante señalar que el instrumento a nivel nacional que conlleva una promoción a los derechos de las niñas, niños y adolescentes es la Constitución Política de cada País, en cuanto a Nicaragua es menester señalar que su Constitución para efectos de esta investigación y en primer plano reconoce el derecho a la igualdad para todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos sociales políticos y económicos²⁵⁸.

²⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.* p 73.

²⁵⁸ Art. 48. [Derecho de igualdad] Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer.

En este contexto, un aspecto fundamental dentro de este instrumento jurídico, a retomar es su artículo 50^o, debido a que se reconoce el derecho de participación, que, aunque no de manera específica se dirige a las niñas, niños y adolescentes en un artículo primordial para fundar y motivar el respeto e implementación efectiva del derecho de niñas, niños y adolescentes a participar y ser escuchados en controversias en las que tengan algún interés²⁵⁹.

Asimismo, para que el derecho a que las niñas, niños y adolescentes sean escuchados, es primordial tomar en cuenta su derecho a ser informados previamente de lo que trata el proceso mediante el cual será participe, así como lo que sucederá durante y al finalizar de ese juicio, siendo importante señalar que en la Constitución de Nicaragua está fundamentado este derecho en su artículo 66^o, para todos los nicaragüenses²⁶⁰.

Por otra parte, otro precepto a destacar es el que concierne a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes²⁶¹, en cuanto que es un

Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

²⁵⁹ Art. 50. [Derecho de participación] Los ciudadanos tienen derecho de participar en igualdad de condiciones en los asuntos públicos y en la gestión estatal. Por medio de la ley se garantizará, nacional y localmente, la participación efectiva del pueblo.

²⁶⁰ Art. 66. [Derecho a la información] Los nicaragüenses tienen derecho a la información veraz. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea de manera oral, por escrito, gráficamente o por cualquier otro procedimiento de su elección.

²⁶¹ Art. 71. [Derecho de constituir familia. Protección a la niñez] (...) La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

parteaguas a la creación de los diversos instrumentos jurídicos en el país de nicaragua con relación al paradigma de la promoción, respeto e implementación de los derechos de este grupo etario.

4.4.2.-Código de Familia

Es preciso señalar lo respectivo al Código de Familia de Nicaragua, debido a que es uno de los instrumentos clave para el presente trabajo de investigación debido a que es un modelo del derecho procesal familiar en el apartado de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, principalmente porqué hace hincapié en el derecho de la escucha de este grupo etario.

Respecto al capítulo II, denominado principios especiales del proceso familiar, resulta importante destacar que en el artículo 435^o de este código²⁶², aborda de manera genérica pero muy puntual sobre el principio de equidad y sobre todo el principio del interés superior de la niñez, como principios rectores.

Asimismo, el artículo 440²⁶³ se destaca para efectos de este trabajo, debido a que señala todo lo concerniente al interés superior de las niñas, niños y adolescentes debido a que fundamenta lo siguiente:

(...) En los procesos de familia, las autoridades judiciales ajustarán sus actuaciones, teniendo en cuenta el interés superior de la niña, niño, adolescente (...) en todo aquello que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural y social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficie

²⁶² Art. 435 Búsqueda de la equidad y equilibrio familiar. En los procesos de familia las autoridades administrativas y judiciales procurarán que la unidad en las relaciones familiares quede debidamente protegida, con base en la equidad de derechos entre hombres y mujeres, observando el interés superior de las niñas, niños, adolescentes y personas mayores declaradas judicialmente incapaces y personas con discapacidad que no pueda valerse por sí mismas.

²⁶³ Código de Familia Ley No. 870, consultada el 22 de octubre del 2020, disponible: <https://docs.google.com/gview?url=http%3A%2F%2Fdocs.nicaragua.justia.com/nacionales/codigos/codigo-de-familia-oct-8-2014.pdf>.

en su máximo grado. A tal efecto aplicarán en lo que sea pertinente, el Libro Primero del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Es decir, que este artículo es uno de los principales preceptos a seguir, para la propuesta del presente trabajo, en cuanto que el implementar el principio del interés superior de la niñez como eje rector de los juicios de guarda y custodia es primordial para que se brinde el respeto y plena aplicabilidad del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados, atendiendo su capacidad progresiva.

Por otra parte, este código aborda primordialmente en su apartado del procedimiento familiar, un aspecto relevante para esta investigación, mismo que es la escucha de las niñas y niños²⁶⁴ nicaragüenses en procesos judiciales y administrativos, siendo un derecho primordial para que sean tomados en cuenta a la hora de verse inmersos en algún juicio en el que tengan interés, este precepto al que esta autora se refiere entre líneas menciona los aspectos importantes que se deben tomar en cuenta para que la niña niño o adolescente ejerza de manera efectiva su derecho, entre ellos es tener capacidad progresiva, el estar informado y tener el grado de edad y madurez para emitir una opinión clara y certera del asunto en el que se versa.

Para finalizar, otro punto importante que fundamenta este Código²⁶⁵ es lo concerniente a la dignidad humana y lo respectivo al respeto a los derechos que le

²⁶⁴ Art. 448 Escucha a los menores de edad en los procesos judiciales y administrativos. Los niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo la autoridad parental deberán ser escuchados en todo procedimiento administrativo y judicial que tenga relación con ellos de manera personal y en consonancia con las normas y procedimientos correspondientes, según sea el caso y en función de su edad y madurez. En caso de niños y niñas, la escucha será obligatoria cuando sean mayores de siete años.

²⁶⁵ Art. 449 Respeto a la dignidad humana e igualdad de derechos. A toda persona que intervenga en los procesos de que habla este Código, le deben ser respetados

son conferidos a todos los nicaragüenses sin ningún tipo de discriminación, siendo un precepto clave para garantizar la participación de las niñas, niños y adolescentes en controversias de guarda y custodia y en el caso de Nicaragua todo lo concerniente al reconocimiento de la paternidad y maternidad.

4.4.3.- Código de la niñez y adolescencia de Nicaragua

Otro instrumento jurídico en Nicaragua que resulta importante para el estudio comparado con relación al derecho a que las niñas, niños y adolescentes sean escuchados en controversias de guarda y custodia es el Código de la Niñez y la Adolescencia, mismo que:

Establece que toda niña, niño y adolescente nace y cree libre e igual en dignidad, por lo cual goza de todos los derechos y garantías universales inherentes a la persona humana, y en especial de los establecidos en la Constitución Política, el presente Código y la Convención sobre los Derechos del Niño, sin distinción alguna de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, situación física o psíquica o cualquier otra condición, con relación a sus madres, padres o tutores²⁶⁶.

En este contexto, el que se reconozca a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, sin ningún tipo de discriminación, tiene como consecuencia para el paradigma sobre el respeto y promoción de los derechos de este grupo etario fructífera para su ejercicio adecuado de cada una de las prerrogativas que le son conferidas.

Este Código de la Niñez y la Adolescencia se aprobó en marzo de 1998, mismo que crea: "El Consejo Nacional de Atención y Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia (CONAPINA), el que se encuentra adscrito a la Presidencia de la República y funge como instancia de articulación entre las instituciones de

los derechos inherentes a su personalidad y ser tratado en condiciones de igualdad de derechos, deberes y oportunidades.

²⁶⁶ Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, p.23

gobierno, y de coordinación con los otros Poderes del Estado y la sociedad civil organizada que trabaja con la niñez y la adolescencia²⁶⁷

En esta tesitura, para el país de Nicaragua, la creación del CONAPINA, resultó muy importante en el fenómeno que se iba presentando en torno a los derechos de la niñez, debido a que su actuar está encaminado a velar por el respeto a sus derechos y su principal principio rector es el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, de igual manera el Código de la Niñez y la Adolescencia establece que:

En todas las medidas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades nacionales, municipales y de las Regiones Autónomas, que afecten a las niñas, niños y adolescentes, así como en la interpretación y aplicación del Código, se deberá tomar en cuenta como principio primordial, el interés superior de la niña, el niño y el adolescente. Las normas contenidas en los Tres Libros que integran el Código de la Niñez y la Adolescencia están basadas en dicho principio²⁶⁸.

Por otra parte, es importante señalar que este Código²⁶⁹ en su artículo 15^o, señala que las niñas, niños y adolescentes tienen la libertad de pensamiento, de emitir su opinión, de participar en el entorno familiar y social, así como a ser

²⁶⁷ *Ibidem.* p.9

²⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, p.24

²⁶⁹ Arto. 15. Toda niña, niño y adolescente goza del derecho a la libertad, sin más restricciones que las establecidas por la ley. Este derecho abarca, entre otros, los siguientes aspectos: a) Pensamiento, conciencia, opinión y expresión. b) Creencia y culto religioso. c) Recreación, cultura, arte y prácticas de deportes. d) Participación en la vida familiar, vida escolar y en la comunidad sin discriminación alguna. e) Participación en la vida social y política de la Nación en la forma que la ley lo establezca. f) A buscar refugio, auxilio y orientación en cualquier circunstancia de necesidad o peligro. g) Participarán en reuniones y asociaciones según su edad e interés.

informados, resulta un fundamento importante para darle el reconocimiento al derecho de ser escuchados en controversias judiciales.

En este marco, de acuerdo con la doctrina este instrumento jurídico:

Establece que toda niña, niño y adolescente goza del derecho a la libertad sin más restricciones que las establecidas por la ley, este derecho comprende la libertad de opinión. Este derecho incluye el ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, que afecte sus derechos, libertades y garantías, ya sea personalmente, por medio de un representante legal o de la autoridad competente, en consonancia con las normas de procedimiento correspondientes según sea el caso y en función de la edad y madurez. En el ejercicio del derecho del niño a la opinión en el caso de separación de los padres, la Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos²⁷⁰.

Esta autora retomando lo anterior, hace hincapié en el derecho a la escucha de la niñez, en cuanto que a pesar de que es un derecho reconocido a nivel internacional, en el País de Nicaragua este derecho está reconocido a nivel constitucional y en sus códigos, por ser un derecho para efectos de esta investigación muy importante para que sean escuchados en la determinación de su cuidado parental.

En este contexto, el Código de la Niñez y Adolescencia²⁷¹ de Nicaragua incorpora este derecho de la escucha en su artículo 17^o, en donde se le da el reconocimiento y valor en todo procedimiento judicial y administrativo, para que se respete y sea aplicado con efectividad, debido a que es puntual en cuanto que no

²⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, p.27

²⁷¹ Arto. 17. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo, que afecte sus derechos, libertades y garantías, ya sea personalmente, por medio de un representante legal o de la autoridad competente, en consonancia con las normas de procedimiento correspondientes según sea el caso y en función de la edad y madurez. La inobservancia del presente derecho causará nulidad absoluta de todo lo actuado en ambos procedimientos.

sea respetado este derecho el juicio no tendrá valor, asimismo atendiendo el grado de madurez y capacidad para emitir su opinión.

Asimismo, con relación al derecho a que emitan su opinión de manera libre²⁷², derecho que está íntimamente ligado con el derecho a la escucha, se encuentran fundamentado en su artículo 16^o, mismo que da las pautas de que tan importante es el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y a que expresen de manera libre su opinión, la cual debe de ser resultado de la información presentada a este grupo etario con el fin de establecer su capacidad progresiva para que logre emitir su opinión de manera coherente y estable a la controversia en el que se vean implicados, de igual forma la doctrina señala que:

La garantía de este derecho, así como su libre ejercicio y disfrute, tiene diversas manifestaciones de expresión, entre las cuales se puede mencionar la que se da en la escuela con la participación directa en la construcción de su propio aprendizaje, en los Gobiernos Estudiantiles, espacio de toma de decisiones en los temas relativos a la educación; desde la comunidad mediante la realización de Cabildos Infantiles Municipales; la participación en las asociaciones culturales y deportivas; la participación infantil y juvenil en eventos que cultivan la tradiciones, así como, la oportunidad de ser escuchado en los procedimientos judiciales y administrativos que les afecte sus derechos²⁷³.

Es por estos preceptos jurídico que Nicaragua resulta un país clave para realizar la propuesta del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia en el Estado de Morelos, en cuanto que “en los procedimientos judiciales los padres ejercen su derecho a ser escuchados en

²⁷² Arto. 16. La niña, niño y adolescente tiene derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral o escrita o por cualquier otro medio. Este derecho incluye la libertad de expresar, manifestar y ser escuchado en sus opiniones, ideas, necesidades y sentimientos en los diversos aspectos y situaciones de su vida personal, familiar, escolar y social, además de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas que promuevan su desarrollo integral.

²⁷³ Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, p.37

todo proceso, el derecho de la niña, niño y adolescente a ser escuchado está contemplado en el Código de la Niñez y la Adolescencia (...) en la práctica judicial el derecho del niño o niña a ser escuchado es ejercido de manera excepcional y no primordial, como en derecho corresponde”²⁷⁴, por ello es que para esta autora resulta uno de los modelos a seguir para la elaboración de la propuesta de dicho trabajo de investigación.

²⁷⁴ *Ibidem*, p.44

PROPUESTA

Como resultado del estudio en el presente trabajo con relación al derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia particularmente en el Estado de Morelos y del estudio comparado, así como de diversos instrumentos jurídicos que abarcan este fenómeno, es importante señalar que el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, no cuenta con precepto alguno que verse sobre la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes frente a los juicios de guarda y custodia, a pesar de que existen instrumentos jurídicos a nivel nacional e internacional en donde se reconocen plenamente sus derechos, así como principios y demás factores a considerar.

Por otra parte, y considerando diversos modelos de instrumentos jurídicos en torno al derechos de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, así como en lo general por ser un derecho fundamental para este grupo etario la presente propuesta versa principalmente en la adición de un capítulo segundo Bis en el Libro cuarto denominado de las relaciones paterno filiales, del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos en el que se observará lo concerniente a la figura de la guarda y custodia considerando la escucha de las niñas, niños y adolescentes.

En este contexto, dentro de la propuesta y considerando que las niñas, niños y adolescentes son propugnados por el principio del interés superior de la niñez es menester realizar cambios importantes en torno a este paradigma, tal y como se indica a continuación:

TEXTO ACTUAL	PROPUESTA
ARTÍCULO 6.- INCAPACIDAD NATURAL Y LEGAL. Tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad;	ARTÍCULO 6.- INCAPACIDAD NATURAL Y LEGAL. Tienen incapacidad natural y legal:

<p>II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque, no puedan gobernarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio; y</p> <p>III.- Las demás personas que señala la Ley</p>	<p>I.- Las niñas, niños y adolescentes que no cuenten con una capacidad progresiva para el ejercicio de sus derechos.</p> <p>II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque, no puedan gobernarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio; y</p> <p>III.- Las demás personas que señala la Ley.</p>
---	---

Por otra parte, se derogue el artículo 225, mismo que se adicionaría en el título segundo Bis, en propuesta, mismo que a la letra señala:

CAMBIO DE CUSTODIA. El juez de lo familiar podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan parentesco consanguíneo en línea recta ascendente.

Esto debido a que se encuentra dentro del apartado de patria potestad, sin embargo, es el único precepto que habla sobre la guarda y custodia, sin ningún otro

fundamente respecto a esta figura, dejando a los operadores jurídicos sin herramientas para garantizar los derechos de las partes que conciernen este tipo de controversia.

En esta tesitura, y de acuerdo a lo mencionado en líneas que anteceden la propuesta principalmente versa en la adición de un título segundo Bis del libro cuarto del Código Familiar para el Estado de Morelos, mismo que se denomina de las relaciones paterno filiales, en el que se adicionara la figura de guarda y custodia, con la finalidad de que las niñas, niños y adolescentes sean tomados en cuenta para la determinación de sus cuidado, tal y como se presenta a continuación:

TÍTULO SEGUNDO *BIS
DE LA GUARDA Y CUSTODIA

CAPITULO I
DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO *251 BIS.- DE LA GUARDA Y CUSTODIA. Es el conjunto de deberes, derechos y todo lo concerniente a los cuidados paterno filiales de las niñas, niños y adolescentes en el núcleo de una familia, para su protección, desarrollo y formación integral.

ARTÍCULO *251 TER.- PRINCIPIOS GENERALES. La guarda y custodia se rige por:

a) El principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes; se entiende por este, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que son universales, prevalentes e interdependientes.

b) El principio de la autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de sus hijos;

c) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.

d) El principio de protección integral. Se entiende por protección integral de las niñas, niños y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de estos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

e) Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse con relación a las niñas, niños y adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

f) Perspectiva de género. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes, para alcanzar la equidad.

ARTÍCULO *251 QUATER.- FIGURAS LEGALES DERIVADAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

a) La titularidad y el ejercicio de la guarda y custodia

b) El cuidado personal de las niñas, niños y adolescentes por los progenitores

c) La guarda y custodia otorgada por el juez a un tercero

ARTÍCULO *251 QUINQUIES.- EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA. EI ejercicio de la guarda y custodia corresponde:

a) Titularmente para ambos progenitores

b) En caso de cese de la convivencia o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro; Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés de la niña, niño o adolescente, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;

c) En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la guarda y custodia o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;

ARTÍCULO *251 SEXIES.- En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el proceso previsto por la ley local, intervención del Ministerio Público.

Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la guarda y custodia y pone en riesgo el interés superior de la niña, niño o adolescente, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones.

ARTÍCULO *251 SEPTIES.- CAMBIO DE CUSTODIA. El juez de lo familiar podrá decretar el cambio de custodia de las niñas, niños y adolescentes previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan parentesco consanguíneo en línea recta ascendente.

ARTÍCULO *251 OCTIES.- EJERCICIO DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

a) En el interés de las niñas, niños y adolescentes y por razones suficientemente justificadas, los progenitores tomando en cuenta la opinión de este grupo etario pueden convenir que el ejercicio de la guarda y custodia sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo *251 TER. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo escucharse necesariamente a las niñas, niños y adolescentes.

Con esta propuesta se busca brindar herramientas a los operadores jurídicos para que en ejercicio de sus atribuciones no sean vulnerados los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cuanto que el tema de sus cuidados parentales es un derecho fundamental en el que directamente tienen interés y principalmente en el estado de Morelos su derecho a participar en juicio no es llevado a cabo a pesar de existir un protocolo de actuaciones y estar reconocido a nivel internacional y nacional.

CONCLUSIONES

En atención al presente trabajo de investigación, se concluye que el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia es un derecho fundamental para este grupo etaria, sin embargo, existe una correlación entre otros derechos para su efectivo ejercicio, tal y como lo es el derecho a ser informados para poder adquirir una capacidad progresiva y tengan el grado de madurez adecuado para que su opinión sea considerada en este tipo de controversias.

En esta tesitura, resultó importante el estudio de este grupo etario con relación a los diversos factores que hacen posible la participación de las niñas, niños y adolescentes en juicio, debido a que los principios por los que se rige el ejercicio de los derechos de este grupo etario son principalmente el del interés superior de la niñez, la equidad de género y la prevalencia de los derechos.

Por otra parte el estudio a lo largo de esta investigación permite concluir en que las niñas, niños y adolescentes a pesar de estar señalados como grupo vulnerable, cuentan con las herramientas jurídicas para que sus derechos no sean transgredidos y en atención al tema que nos ocupa, que es la determinación de su cuidado personal no tenga que versar únicamente en la decisión de los progenitores e incluso del operador jurídico sino que la propia niña, niño o adolescente pueda emitir su opinión y sea escuchado que es lo que ellos consideran mejor para su persona, claramente atendiendo su grado de madurez y con qué tanta capacidad progresiva cuentan.

De igual manera, este estudio permite ver los pros y contras de este tema, en cuanto que no siempre versará el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias en donde tengan algún interés, en cuanto que hay más factores a considerar, debido a que somos seres cambiantes y no todos los casos se presentan de la misma situación.

De manera general, a lo largo de la historia el paradigma sobre los derechos de la niñez ha tenido un avance inmensurable, sin embargo, a la fecha existen todavía varias dificultades para un ejercicio pleno de sus derechos, uno de ellos es la

culturización por parte de la sociedad de creer que la niña, niño o adolescente es capaz de desarrollar su capacidad a un grado de poder ejercer sus derechos y tomar decisiones que le favorezcan.

Asimismo, en el momento que la determinación de menor pasa ese tránsito de cambio a niñas, niños y adolescentes, resulta un componente importante para que este grupo etario deje de considerarse como objetos de custodia y logren establecerse como sujetos de derechos, siendo un antecedente importante para esta situación la convención de los derechos del niño, mismo instrumento que ha dado pauta a diversos países para que este paradigma de los derechos de la niñez siga teniendo un avance para la protección y promoción de estos derechos.

En cuanto a los instrumentos jurídicos que versan sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se ultima destacando que a nivel internacional existen diversos instrumentos que realizan coadyuvancia con los Estados para garantizar los derechos de este grupo etario, sin embargo a nivel nacional los instrumentos y preceptos legales son minoría y a nivel local de igual manera, específicamente para el Estado de Morelos falta promoción y reconocimiento de derechos de la niñez en diversos instrumentos, hablando del Código de Familia primariamente en cuanto que sus derechos deberían ser reconocidos principalmente en esta legislación, en tanto que hay contacto directo con diversos juicios que legisla el derecho familiar.

Por otra parte, en lo que concierne al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes se lograr, entender que no es únicamente un principio que velara por el respeto y garantizara el debido ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sino que resulta ser una garantía a estos derechos que son fundamentales, por el hecho de estar reconocidos en diversos instrumentos jurídicos.

Con relación, al estudio comparado se concluye que diversos países logran la inclusión de este colectivo siguiendo al margen lo que la convención sobre los derechos del niño establece, debido a que han sido arduos años de empeño sobre políticas y programas para que los resultados se vean reflejados, el que este derechos a la escucha de las niñas, niños y adolescentes se haya positivizado a nivel local,

marca un trascendental cambio para los procesos de los cuidados parentales de las niñas, niños y adolescentes, en tanto que su derecho a una familia, y a que tenga un desarrollo psíquico y físico adecuado y con forme a derecho son garantizados de manera directa, debido a que los operadores jurídicos cuentan con las bases para llevar a cabo estos procesos.

En este contexto, se logra llegar a la conclusión que la positivación del derecho a que las niñas, niños y adolescentes sean escuchados en juicios para la determinación de su cuidado personal en la legislación familiar del Estado de Morelos, servirá para que por parte de los operadores jurídicos exista una implementación correcta de este derecho, para que puedan emitir su opinión en juicio, obteniéndose además un ejercicio debido del derecho de las niñas, niños y adolescentes a opinar en procesos en los que se vea inmerso su cuidado personal, en cuanto que, existirá el acatamiento de los operadores jurídicos a los artículos que regulen este derecho y se desarrollará su participación conforme a los Derechos Humanos y el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, este último como garantía de sus derechos fundamentales, obteniendo esta titularidad debido a que se encontraran positivizados en diversas normas jurídicas, asimismo lográndose con ello que su desarrollo psíquico, físico y social, no se vean transgredidos.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. Aguilar Morales, María, *Interés superior del menor, su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
2. Ahumada, Mirta Ángela, *Responsabilidad parental de los progenitores adolescentes, impacto de la capacidad progresiva*, Universidad Empresarial, Argentina, 2016.
3. Álvarez de Lara, Rosa María, *El concepto de niñez en la Convención Sobre los Derechos de Niño y en la legislación mexicana*, 5ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011.
4. Anton Moreno, Ma. Paz, Perez Vallejo, Ana Ma., *estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales*, Madrid, Dykinson, 2019.
5. Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz, *Temas selectos, Aspectos teórico-conceptuales sobre niñas, niños y adolescentes trabajadores*, INACIPE, México, 2018.
6. Benavides Santos Diego, *Tendencias del proceso familiar en América Latina*, Revista para el análisis del derecho, InDret, Barcelona, 2006.
7. Benítez Hernández, Ma. Leonor, *Guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes*, Nuevo León, CEDIA, 2008.
8. Burdeos, Florencia, *Derecho de Alimentos derivados de la responsabilidad parental en el nuevo código civil*, Argentina, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016.
9. Campos Lozada, Mónica, *Practica forense de derecho procesal familiar*, México, IURE editores, S.A. de S. V, 2014.
10. Carreón Gallegos, Ramon Gil, *Los derechos Fundamentales en México, su Genesis y evolución*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos II, Madrid, 2016.
11. Castillo Santiago, Román, *la integralidad del interés superior del menor en el derecho procesal mexicano*, México, tirant lo blanch, 2019.
12. Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho procesal civil*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 2014.

13. Cillero Bruñol, Miguel, López Oliva, Miguel, *et. al.*, *Justicia y derechos del niño*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. UNICEF, 2016.
14. Cobo Téllez, Sofía M., *Presentación del estudio comparativo de niñas, niños y adolescentes trabajadores*, Biblioteca Nacional de México, México, 2018.
15. Corbetta Silvina, D'Alessandre Vanesa, *La situación de la primera infancia en la Argentina a dos décadas de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Fundación Arcor, 2da. Ed., Córdoba, 2018.
16. Cruz Gallardo, Bernardo, *La Guarda y Custodia de los Hijos en las Crisis Matrimoniales*, Madrid, La ley, 2012.
17. Dávila Pauli, Naya, Luis Ma., *La defensa de los derechos de la infancia en américa latina desde la perspectiva legal. una visión educativa*, Educación XX1, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España
18. De Carlucci, Kemelmarge, *et al.* *La participación del niño y adolescente en el proceso judicial*, Argentina, 2015.
19. De Montalvo, Jääskeläinen, Federico, *Menores de edad y consentimiento informado*, Valencia, tirant lo blanch, 2019.
20. Del Moral Ferrer, Anabella J., *El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la convención sobre los derechos del niño*, cuestiones jurídicas, Venezuela, 2008.
21. Dirección General de Derechos Humanos, *Los derechos de niños, niñas y adolescentes Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017)*, Dirección de Relaciones Institucionales, Argentina, 2018.
22. Dossie, *La realidad de los derechos de los niños y de las niñas, en un mundo en transformación a 30 años de la convención*, Direito Prax, Rio de Janeiro, 2019.
23. Erazo Bautista, Edith Alicia, *Cumplimiento del derecho de opinión de las niñas, niños y adolescentes declarados en estado de adoptabilidad, dentro del proceso de protección integral*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2014.

24. Fariña, Francisca, *et al*, *Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma*, España, Anuario de Psicología Jurídica, 2017.
25. Fernández Espinoza, William Homer, *La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial*, Perú, Universidad de San Martín de Porres, 2017
26. Galeana, Patricia, *El concepto de niño*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.
27. Gamboa Montejano, Claudia, *Derechos de la niñez*, Congreso de la Unión, 2017.
28. García Romero, Lucila, *Teoría General del Proceso*, 2da ed., Red Tercer milenio S.C., México, 2016.
29. Gómez Fröde, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, 2ª ed., México, Porrúa, 2013.
30. Gómez Lara, Cipriano *Teoría general del proceso*, 10a. ed., Oxford, México.
31. González Contró, Mónica, *Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, el interés superior del niño en los criterios judiciales*, México, Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2015.
32. González Contró, Mónica, *Derechos Humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
33. González Contró, Mónica, *El interés superior del niño en los criterios judiciales, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.
34. González Contró, Mónica, *Los derechos de las niñas y los niños a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, Isonomía, núm.41, 2014.

35. González Contró, Mónica, *¿Menores o niñas, niños y adolescentes? reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, 5ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011.
36. González Oviedo, Mauricio, *Derechos de la niñez y la adolescencia, antología*, UNICEF
37. Guamán Chacha, Klever Aníbal, *El positivismo y el positivismo jurídico*, Universidad y Sociedad, N.º 14, Cuba, 2020.
38. Hernández Domínguez, Enma Estela, Castillo Santiago, *El interés superior del menor en la doctrina internacional*, México, tirant lo blanch, 2019, p.55.
39. Hernández Domínguez, Enma Estela, *Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de los derechos de la infancia en México*, México, tirant lo blanch, 2019.
40. Herrera, Mariza, *Los derechos de infancia y adolescencia en el código civil y comercial de la nación: claves para entender una nueva interacción legal*, Universidad de Buenos Aires, Vol.9, 2016.
41. Jabbaz Churba, Marcela, Diaz Martínez, Capitolina, *Menores en disputa, custodia, visitas y patria potestad en la Comunidad de Valencia*, Valencia, tirant lo blanch, 2020.
42. López Galicia, Marco Antonio, *Una mirada a los derechos de las niñas y niños: su resignificación*, México, CNDH, 2016.
43. Lorca Navarrete, Antonio María, *El derecho procesal como sistema de garantías* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVI, núm. 107.
44. Magallón Gómez, María Antonieta, *Juicios orales en materia familiar*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
45. Margadant S., Guillermo Floris, *Panorama de la historia universal del derecho*, 7ª ed. México, Porrúa, 2016.
46. Martínez Calvo, Javier, *La guarda y custodia*, Valencia, tirant lo blanch, 2019.
47. Morales Bravo, Anayeli, *El interés superior del niño, para determinar la competencia territorial de su domicilio en las controversias familiares de Morelos*, Morelos, CONACYT, 2017.

48. Morales Ignacio, José, *Derecho Romano*, 2ª ed. México, editorial Trillas, 2010, p.170.
49. Muñozcano Skidmore, Ma. Dolores, *Marco teórico conceptual sobre menores VS niñas, niños y adolescentes*, 5ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011.
50. Oliva Gómez, Eduardo, *El divorcio incausado en México*, México, Ed. Moreno, Editores México, 2013.
51. Ortega Soriano, Ricardo A., *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, México, CNDH, 2015.
52. Ovalle Favela, Derechos Humanos y garantías constitucionales, Boletín Mexicano del Derecho Comparado, México, 2016.
53. Palacios Sierra, Margarita, *Los niños, voces y silencios*, 5ª ed. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011.
54. Palau, Magdalena, *Guía de trabajo para el abordaje con niñas, niños y adolescentes separados de sus familias. Revisión histórica y modelos de aplicación*, Paraguay, Enfoque niñez, 2012.
55. Patiño Maxinez, Maricarmen, *Propuesta de regulación del principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en la legislación familiar Morelense*, Morelos, CONACYT, 2019.
56. Peñaranda Valbuena, Héctor Enrique, *et al, Sobre el Derecho Procesal en el Siglo XXI*, España, Nómadas, 2011.
57. Pérez contreras, María de Montserrat, *Derechos de los padres y de los hijos*, México, Universidad Autónoma de México, 2000.
58. Pérez Contreras, María de Montserrat, *Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas del 2014*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012.
59. Pérez Contreras, María de Monserrat, *et al., vulnerabilidad y violencia contra niñas, niños y adolescentes, en el marco teórico conceptual*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2016.

60. Prieto Monroy, Carlos Adolfo, *El proceso y el debido proceso*, Colombia, Vniversitas, 2008.
61. Rayón Sánchez, Cesar, *la guarda y custodia de menores en el estado de hidalgo*, Hidalgo, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2008.
62. Rea Granados, Sergio Alejandro, *Evolución del derecho internacional sobre la infancia*, international Law, Colombia, 2016.
63. Rodríguez, Virginia, Román, Yolanda, *et. al, infancia y justicia: una cuestión de derechos*, 2ª ed., España, Save de Children, 2015.
64. Roldán Vargas, Ofelia, *Niñez y juventud latinoamericanas*, Chile, Cinde, 2009.
65. Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos, una guía conceptual*, 2ª ed., México, Senado de la Republica, 2016.
66. Santos Azuela, Héctor; *Teoría General del Proceso*; Mc Graw Hill; 6ta ed., México 2016.
67. Secretaría de Gobernación, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2ª ed., México, s.e., 2016.
68. Suprema Corte Justicia de la Nación, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
69. Soberanes Fernández, José Luis, *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, Porrúa, 2da. Ed., México, 2017.
70. Tapia Vega, Ricardo, *Algunos problemas relacionados con el cumplimiento de resoluciones jurisdiccionales dictadas en contra de Ayuntamientos*, vol. 1 de la serie Temas selectos, Ed. Eternos Malabares-IDEFOMM, ed. 1ª, México, 2014.
71. Tapia Vega, Ricardo, "El interés superior de niñas, niños y adolescentes, como garantía primaria dual del derecho humano a la igualdad", *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el sistema mexicano*, México, 2019.
72. Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías*, Ediciones Eternos Malabares, México, 2017.

73. Trinidad Ramales, Cesia, *El dictamen psicológico para garantizar el interés superior del niño (A), en procesos de guarda y custodia en el Estado de Morelos*, Morelos, CONACYT, 2014.
74. UNICEF, *Psicología Forense Especializada en Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley General sobre los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, México, 2018.
75. Vidal Gil, Ernesto J., *Bioética y derecho: la positivación de los principios*, UNIVERSITAT, España, 2017
76. Villalobos de González, Elvira, *Manual de derecho de familia*, México, TIRANT LO BLANCH, 2014.
77. Vizcarra Dávalos, José, *Teoría General del Proceso*. Ed. Porrúa, 9 ed., México.

HEMEROGRAFÍA

78. Benavides Santos Diego, "Tendencias del proceso familiar en América Latina", *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2006.
79. Carretta Muñoz Francesco, *El Derecho del Niño a Ser Oído en la Justicia de Familia: La Esencialidad del Derecho Versus la Esencialidad del Trámite de la Audiencia Confidencial*, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45, No. 2, Santiago Chile, 2018.
80. Curtí, Patricio y Bárbara Zanino, "Alimentos en la responsabilidad parental, en el parentesco y en las relaciones estables de pareja, según el código civil y Comercial de la Nación", *Revista Jurídica*, Argentina, 2015, núm. 26.
81. Durán Strauch, Ernesto, Guáqueta Rodríguez, Camilo Andres, *et al.*, *Restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema nacional de bienestar familiar*, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2017.
82. Figueroa Grenett, Claudio, *¿ciudadanía de la niñez? hallazgos de investigación sobre el movimiento por una cultura de derechos de la niñez y adolescencia en Chile Última Década*, núm. 45, *Redalyc*, Chile, 2016.

83. Lozano Vicente, Agustín, “los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, España, 2016, núm. 14.
84. Vargas Gómez de la Torre, Maricruz, *Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos*, *Revista de Derecho, UCUDAL*, 2da época, no. 18, Chile, 2018.
85. Vásquez, Jorge Daniel, *Adultocentrismo y juventud: Aproximaciones foucaulteanas*, Sophia, *Colección de Filosofía de la Educación*, núm. 15, Ecuador, 2013.

PAGINAS DE INTERNET

86. Álvarez del Cuvillo, Antonio, “Las partes procesales”, disponible en: <file:///H:/partes%2002-04-2019/Procesal3.pdf>.
87. Basset, U. C., La responsabilidad parental del Código Argentino, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/responsabilidad-parental-codigo-argentino-proyectado.pdf>.
88. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *los derechos de las niñas, y los niños*, México, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/ni%C3%B1as-ni%C3%B1os/derechos-humanos-de-ninas-y-ninos>
89. Comité de los Derechos del Niño, *Tercer informe sobre la Situación de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de Nicaragua*, disponible en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/documents/statereport/srf-nicaragua-3.pdf>
90. Córdova Del Valle, Fernando, “Principios y derechos en el procedimiento”, Consejo de la Judicatura Federal, disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/diploNSJP>
91. Corte suprema, Chile no. 4.993-2015, cuarta sala, Cuidado personal, control de admisibilidad en materia de familia, oportunidad y extensión, disponible en <http://www.jurischile.com/2015/11/cuidado-personalcontrol-de.html>

92. Corte suprema, Chile no. 620-10, cuarta sala, interés superior del niño. Determinación del cuidado personal del menor, disponible en <http://www.jurischile.com/2010/07/interes-superior-del-nino-determinacion.html>
93. Corte suprema, Chile no.6323-15, Cuidado personal, disponible en: <http://www.jurischile.com/2015/07/cuidado-personal-inexistencia-de-norma.html>
94. Fariña F., et al. "Intervención psicológica en el establecimiento de la guardia y custodia, el mejor interés del menor", disponible en file:///H:/Intervencion_psicologica_en_el_establecimiento_de_la_guarda_y_c.pdf.
95. González Reguera, Elizabeth, *Guarda y custodia del menor*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/16.pdf>.
96. Guasp, Jaime, "La pretensión procesal", Madrid, 2012, UNAM, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx>>libros>.
97. Jurisprudencia, disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=3554773&cache=1608762315746>
98. T-005/18, corte Constitucional Republica de Colombia, número nueve, enero 2018, consultada el 22 de noviembre del 2020, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=%22Prevalencia+de+los+derechos+de+los+ni%C3%B1os%22&campo=%2F&pg=0>
99. *Las siete partidas de Alfonso el Sabio, Tercera partida*, Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/>.
100. Ochoa, María Laura, "Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud", *Participación y autonomía progresiva del adolescente, democratización escolar en Buenos Aires (Argentina)*, Argentina, 2018, disponible en <https://dx.doi.org/10.11600/1692715x.17107>.

101. Oliva Gómez, Eduardo L. *et al.*, "Temas selectos 4". *Hacia el ámbito del derecho familiar*, México, Ediciones Eternos Malabares, 2017, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r13898.pdf>.
102. Ortiz Álzate, John Jairo, "Revista facultad de derecho", *Sujetos procesales*, Colombia, 2010, disponible en: <file:///H://Dialnet-SujetosProcesalesPartesTercerosElIntervinientes-6750300.pdf>.
103. Pérez Saldaña, Jesús, *la patria potestad en la actualidad*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/16.pdf>.
104. Real Academia Española, disponible en: <https://dle.rae.es/proceso>

Legislaciones

105. Código Civil de Chile, de la Ley nº4.808, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>
106. Código de Familia, Ley No. 870, disponible en: <https://docs.google.com/gview?url=http%3A%2F%2Fdocs.nicaragua.justia.com/nacionales/codigos/codigo-de-familia-oct-8-2014.pdf>
107. Código de la Infancia y la Adolescencia, https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_la_infancia_y_la_adolescencia_colombia.
108. Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, disponible en: <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/codigos/pdf>.
109. Constitución Política de Colombia, ed. Actualizada, Arca, Colombia, 2019, p.15.
110. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos, disponible en: <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/constitucion/pdf>.
111. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

112. Convención Sobre los Derechos del Niño, disponible en:
<https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>.
113. Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en:
<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
114. Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Morelos,
consultado en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf>.
115. Ley de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del Estado de
Morelos, disponible en:
<http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/leyes/pdf>.
116. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,
consultado en:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_200618.pdf.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

Cuernavaca, Morelos a 17 de noviembre de 2021.

MTRA. MADELAINE LIZBETH VARGAS OCAMPO
COORDINADORA DEL PROGRAMA EDUCATIVO
DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
P R E S E N T E.

Por medio de la presente me dirijo a usted para manifestarle que habiendo sido designado como director de tesis y tutor principal en el desarrollo del trabajo de tesis tendente a la obtención del grado académico de Maestro en Derecho, dentro del programa de Maestría en Derecho acreditado ante el PNPC (CONACYT), elaborado por la Licenciada en Derecho **DAMARIS KATIA ORTIZ SOLÓRZANO**, y que se intitula "**LA ESCUCHA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LAS CONTROVERSIAS DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL ESTADO DE MORELOS COMO GARANTÍA DE SUS DERECHOS HUMANOS**", dicha investigación a mi parecer se ha concluido satisfactoriamente, por lo que otorgo mi **VOTO APROBATORIO**, ya que se trata de un trabajo de investigación original, en el cual la sustentante demuestra la hipótesis que plantea y en la que sigue métodos de investigación científica, y que incluye también las conclusiones y propuestas normativas pertinentes.

No omito mencionar que, el suscrito ya había venido trabajando con la sustentante en dicha investigación aún antes de la designación oficial como asesor y tutor principal.

Por todo lo anterior, manifiesto a usted que, en mi carácter de director de tesis y tutor principal de la citada investigación, la apruebo plenamente a efecto de que la interesada pueda continuar con los trámites pertinentes para la celebración de su examen recepcional.

ATENTAMENTE

DR. RICARDO TAPIA VEGA
Profesor de Tiempo Completo "C" de
la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM,
e integrante del Núcleo Académico Básico
del Posgrado de dicha Facultad

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

RICARDO TAPIA VEGA | Fecha:2021-11-17 20:11:41 | Firmante

LFTUEIZHf04PPdIK5CokCic06lxMIM1KJ7eCAedtsYrtGws5ApRy4kf2F6WYPOev+sS0uYJjsad6clZ9i0bval+vAk7IW+/g7CS8ZtvzZ7FEBUpxBipueZErZe7flrNXs+NdDjhyL422PM
RcEObWfcErUCb92YAzV19/S68ZscbG4g8uaZOU/WZmRUupaHjCISAXef4CbWm1KKmFVsa2HukdcEuJbJypjOsiUcOWwrD30r7hpVO1KPCLKsJhGTqXkFYUCRm7l5zFKuRGI
dyknUARLmgFhMbAawM/xgkqcMGgcxQBskA/pd29trgOsfwOB8Nhx3YWWm2E2XE088fg==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o
escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



qXYKzPC8f

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/agarSJ5o6qLQwmujnOY16ZaoAihAUJTD>

DRA. MADELAINE LIZBETH VARGAS OCAMPO
COORDINADORA DEL PROGRAMA EDUCATIVO DE MAESTRÍA EN
DERECHO DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.

P R E S E N T E.

Por este conducto en mi calidad de Revisor de la Tesis de la alumna **DAMARIS KATIA ORTIZ SOLÓRZANO**, me permito hacer referencia al trabajo de investigación que ha venido desarrollando la citada alumna y que se titula: **LA ESCUCHA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LAS CONTROVERSAS DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL ESTADO DE MORELOS COMO GARANTÍA DE SUS DERECHOS HUMANOS**, investigación que presenta para acceder al grado de Maestra en Derecho en el Programa Educativo de Maestría en Derecho, acreditado como programa de calidad ante el PNPC de CONACYT, y sobre el cual manifiesto lo siguiente:

Respecto a dicha investigación, mediante el presente me resulta grato informarle que después de haberse llevado la revisión del trabajo de tesis de la referida alumna, y dado que se llevó a cabo una exhaustiva investigación, la cual se hace con relación a su tema de tesis, **me complace OTORGARLE MI VOTO APROBATORIO** a la C. Licenciada **DAMARIS KATIA ORTIZ SOLÓRZANO**, a su respectivo trabajo de tesis por haberlo terminado completamente.

EL VOTO APROBATORIO que otorgo a la Licenciada **DAMARIS KATIA ORTIZ SOLÓRZANO**, para optar por el grado de Maestra en Derecho, se extiende en virtud de las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- La Licenciada **DAMARIS KATIA ORTIZ SOLÓRZANO**, ha realizado un trabajo de tipo descriptivo, analítico y propositivo, mediante el cual construye un marco referencial debidamente sustentado y con una suficiente argumentación a fin de proponer la adición de un apartado especial en el Código Familiar para el Estado de Morelos, para efecto de la reglamentación de la figura de la guarda y custodia.

SEGUNDO.- Sobre las características y particularidades de la investigación jurídica, debe destacarse que se trata de un trabajo bien desarrollado en el que se expone de manera clara, ordenada y precisa un estudio propositivo sobre el tema investigado y con ello la propuesta legislativa para el Código Familiar del Estado de Morelos.

La tesis se construye en cuatro capítulos, el primero destinado a la parte teórica y conceptual, en la que se exponen los conceptos fundamentales sobre el proceso, en lo específico el proceso en materia familiar, el adultocentrismo y, el estudio de los Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes; en el capítulo segundo se presenta un estudio histórico sobre los temas del procedimiento familiar y el origen y desarrollo de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; el capítulo tercero se ocupa de la revisión y estudio dogmático del tema materia de la investigación, estudio que se hace tanto en el ámbito del derecho internacional como en el particular del derecho del Estado de Morelos; por último, el capítulo cuarto contiene el estudio particular sobre el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias sobre la guarda y custodia,

estudio que se hace en el derecho comparado. Todo el marco referencial construido es empleado por la sustentante para elaborar la propuesta de la investigación.

El trabajo muestra una metodología adecuada, la hipótesis planteada se acredita en el desarrollo de la investigación, la propuesta es coherente con la sistemática jurídica y las conclusiones reúnen los puntos más destacados del trabajo de tesis. Cabe destacar que la sustentante recurrió a fuentes importantes de investigación actuales y de reconocido prestigio.

Como consecuencia de las buenas impresiones que me ha causado el trabajo de tesis, con agrado, **otorgo mi VOTO APROBATORIO** y felicito a la C. Licenciada **DAMARIS KATIA ORTIZ SOLÓRZANO**, por el logro alcanzado en la culminación de su trabajo de tesis y la elaboración de un trabajo de calidad, el cual considero lo sustentará y defenderá al momento de presentar su examen de grado.

Sin otro particular, le reitero mi afecto y le envío un cordial saludo.

Cuernavaca, Morelos, 17 de diciembre de 2021.

DR. EDUARDO OLIVA GÓMEZ.
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

EDUARDO OLIVA GOMEZ | Fecha:2021-12-28 22:57:43 | Firmante

OL4bDwYSQW242h9sZOblKVI3PxByvzFM8IZAPdKTIBCNIy6ZME6z4s6Pgu8g9QPfipzmm/dbMsKxNTYu6dqTrvRL8mtmKxKmBuTgthL7GTsWWKqW5xTjr6vc2ZsUCG6j5wEyMSWRDL2YLUuwPLQsUmEXojHwYx4iZEYgRQtGkbeFaNq7QguVzvDzmH4cW6iLGWiQvhhDe+FuDNXplWTGdOJ62Xs4lxQpeKKqQwIGVEH8DuJMHqXFXdRA4EnVHmS9YUxmHLR/+2i1lcl8u8zDkiQ5glzyQR9F0K4oyvmTD5Imul7huq3X1zzfXECF04MdYCG/P1zafPxK4ZncTJA==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



NDim7hMf1

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/Eo7qctXnIvPRF4x2zT4RxTBluRRwL1>

CUERNAVACA, MORELOS A 02 DE DICIEMBRE DEL 2021

**DRA. MADELAINE LIZBETH VARGAS OCAMPO
COORDINADORA DE POSGRADO DE LA FACULTAD
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
P R E S E N T E**

En referencia al oficio número 207/11/21/DESFD de fecha 24 de noviembre del 2021, por medio del cual se me comunica que he sido nombrado miembro de la Comisión Revisora del trabajo de tesis denominado “La Escucha de Niñas, Niños y Adolescentes en las Controversias de Guarda y Custodia en el Estado de Morelos como Garantía de sus Derechos Humanos”, que, para obtener el grado académico de Maestría en Derecho, realizo la Licenciada Damaris Katia Ortiz Solórzano, me permito manifestar lo siguiente:

La tesis se encuentra concebida en cuatro capítulos, tal y como se expresa a continuación:

1.- En el Primer capítulo se refiere al marco conceptual, con relación al procedimiento familiar y la positivación del ejercicio del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, entre los temas que aborda son los principios procesales en materia familiar, las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, la autonomía progresiva y su derecho a ser escuchados.

2.- El segundo capítulo se relaciona con el marco histórico sobre el procedimiento familiar y la aplicación del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, entre los temas estudiados son el cambio de paradigma de la guarda y custodia en su tránsito a cuidados parentales, evolución

de los derechos fundamentales humanos y sus garantías, así como el progreso de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos.

3.- En el tercer capítulo estudia el marco legal en lo que concierne al derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia en el ámbito jurídico internacional y nacional, como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Morelos, entre otros instrumentos jurídicos.

4.- En el cuarto capítulo realiza un estudio comparado con relación al derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia en los países de Argentina, Chile, Colombia y Nicaragua.

En cuanto a la técnica utilizada, es la documental y la metodología es adecuada, demostrando la interesada las hipótesis planteadas, en donde propone la adición de un Capítulo Segundo Bis en el Libro Cuarto denominado; de las Relaciones Paterno Filiales del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, en el que se observa lo concerniente a la figura de la guarda y custodia de los menores, considerando la escucha de niñas, niños y adolescentes, asimismo contiene un aparato crítico amplio y especializado en la materia.

En virtud de todo lo anterior, me permito otorgar **MI VOTO APROBATORIO**.

ATENTAMENTE

**DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO**

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

VICTOR MANUEL CASTRILLON Y LUNA | Fecha:2021-12-02 19:59:48 | Firmante

KL1Mk5MtM8OH5L+5l4xoylG7aLMc478AScobAMb3ZyW0itR5xj5oQC1qZKZ2P/1zirTJirFI+7bz3zTZpAe06zJYS8L9cP26SJM5QA8vPgyFAMGNjJOyYf+jETKu0S7sSvcSOeWWt
kyqsuA9VC6C55Oo5EEflfq3alrEmOCvSih/OAU6cY/Wl++6mvqB49Wpua1vrj960AFxD8/8YMMiARU1Lr9dqD3hPLG9xPL+V7lrRkrXXkQClskxmfuViqDmdsq2a/UBnDbc2ZC9TVd
FmqoEwo5NyT+xnoVnwmpVv9ZPXjvAkOKwp3ugF6kqy83bMN55nWXkVV4FX/UKSuEq3A==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o
escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



6v3jegUSM

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/0mRhdmou9VoHD8YnQl5mCqjs56HA5F3>



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS



CUERNAVACA MORELOS A 5 DE DICIEMBRE DE 2021

DRA. MADELEINE LIZBETH VARGAS OCAMPO
JEFA DE LA DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UAEM.
P R E S E N T E.

Por medio de la presente me dirijo a usted para manifestar que una vez que fui designado mediante oficio 207/11/21DESFD de fecha 24 de noviembre de 2021, como integrante del comité revisor del trabajo de investigación, intitulado **“LA ESCUCHA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LAS CONTROVERSIAS DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL ESTADO DE MORELOS COMO GARANTÍA DE SUS DERECHOS HUMANOS”**, elaborado por la Licenciada en **Derecho DAMARIS KATIA ORTÍZ SOLORZANO**, mismo que se desarrolló para la obtención del grado académico de Maestría en Derecho, y una vez que he revisado dicha investigación, expreso que la misma se ha concluido satisfactoriamente, por lo que otorgo **VOTO APROBATORIO**, con base en los siguientes razonamientos:

Se trata de un trabajo original, desarrollado en cuatro capítulos, en el cual se sigue una investigación científica ordenada, apreciándose la utilización de métodos de investigación y se observa el uso de la técnica de investigación documental.

Se aprecia un sustento teórico basado en el estudio de los distintos instrumentos reguladores del Derecho, se observa, asimismo, un aparato crítico suficientemente especializado, apoyado en referencias bibliográficas, normativas y electrónicas. El problema de investigación tiene que ver con una visión que pone de relieve la necesidad de que sean escuchados los niños, niñas y adolescentes en todas las controversias de orden familiar en el Estado de Morelos para garantizar sus Derechos Humanos en los procedimientos jurisdiccionales.

Al final se presentan conclusiones generales que contiene una hipótesis sólida de solución al problema de investigación. Considero que esta hipótesis cuenta con sustento lógico y coherente en relación con los contenidos de la investigación acordes a lo dispuesto por la normatividad universitaria al respecto.

Por todo lo anterior manifiesto que, en mi carácter de miembro del comité revisor de la citada investigación, la apruebo plenamente a efecto de que la interesada pueda continuar con los trámites pertinentes para la celebración de su examen recepcional.

ATENTAMENTE

PITC. Dr. FRANCISCO XAVIER GARCÍA JIMÉNEZ

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

FRANCISCO XAVIER GARCIA JIMENEZ | Fecha:2021-12-05 22:07:52 | Firmante

fUzc7tcX4GHUEfh31Fg+V1ZS0urG5tKhgh5v35olAxxrhXxt9oDw9TXbMiEaOgWImEV2iSBlclE45lb8xl6VbUpfxsUt0YigSPoaDzmUbSjLZXiu+nLJSixhEflaqV/Zs9hegPggrUgfTL8bsXSteifnFRf5OMBVxiiJcl0fzroZ3sZ4fiVp33hBdZue2moHnA91ApkEqoalezzAaFi8Qo+p+XfM9AB0CsL7/zWEHhybsIDWINKfsXaVp20FXhzYurHTLF4CFeUTOQuCdo14XHdMUj kN056V4FAKn9BHepMYV6znV+Vr1VvJzeqU5rQHAUJc+ATzy2IFnDM5ugeBQ==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



6FLomclJk

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/JZG9mbDo1Q48kJLb5BMD4Axxot8sB5rQ>



CUERNAVACA, MORELOS A 14 DE DICIEMBRE DEL 2021

**DRA. MADELAINE LIZBETH VARGAS OCAMPO
COORDINADORA DE POSGRADO DE LA FACULTAD
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
P R E S E N T E**

Por este medio, doy contestación al oficio número 207/11/21/DESFD de fecha 24 de noviembre del 2021, en el que se me comunica que he sido nombrada miembro de la Comisión Revisora del trabajo de tesis denominado “La Escucha de Niñas, Niños y Adolescentes en las Controversias de Guarda y Custodia en el Estado de Morelos como Garantía de sus Derechos Humanos”, que realizó la Licenciada Damaris Katia Ortiz Solórzano, quién desarrolló esta investigación para optar al Grado de Maestra en Derecho del programa educativo incorporado como Programa Nacional de Posgrado de Calidad (PNPC) en el CONACYT me permito manifestar que es muy grato emitir mi **voto** como miembro de esta comisión revisora.

Por lo que, se considera que el trabajo de investigación sometido a nuestra consideración cuenta con todas las exigencias de una investigación de calidad ya que además de abordar una temática de máximo interés y actualidad, utiliza un argumento coherente y sólido para exponer los aspectos y teóricos y prácticos del tema. En ese sentido, la aplicación de la metodología y en especial de la técnica documental son oportunas, la hipótesis planteada se sustenta y a su vez comprueba que la propuesta sobre la adición de un capítulo segundo Bis en el Libro Cuarto denominado de las relaciones paterno filiales del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos con relación a la figura de la guarda y custodia considerando el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados; es de suma importancia para que se vele y respeten los derechos e intereses de este grupo etario al momento de determinar su cuidado parental; asimismo se observa



un aparato crítico amplio y especializado en la materia, diversos estudios doctrinarios, teóricos y prácticos en torno al problema planteado.

La tesis se estructura en cuatro capítulos cuyos alcances se destacan a continuación:

En el primer capítulo se analiza el marco conceptual, destacando al procedimiento familiar y la positivación del ejercicio del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, presentando un estudio sobre la figura de la guarda y custodia, los principios procesales en materia familiar, las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, el interés superior de la niñez, la autonomía progresiva y su derecho a ser escuchados.

El segundo capítulo se estudia desde una perspectiva histórica sobre el cambio de paradigma de la guarda y custodia en su tránsito a cuidados parentales, la evolución de los derechos fundamentales, humanos y sus garantías, así como el progreso de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, lo anterior con relación al procedimiento familiar y la aplicación del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia.

En el capítulo tercero se incoa un estudio del marco legal en el ámbito jurídico internacional y nacional, así como la unificación y armonización de las normas aplicables en materia internacional basando el trabajo de investigación en diversos instrumentos jurídicos como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Morelos, yendo de lo general a lo particular en lo que concierne al derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia.

En el cuarto capítulo se estudia el derecho comparado del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en controversias de guarda y custodia, tomando



en consideración los países de Argentina, Chile, Colombia y Nicaragua, resultando para la interesada modelos firmes de los cuales sustenta su propuesta como base para implementar la regulación y positivación del derecho de la escucha de manera particular de las niñas, niños y adolescentes en las controversias en las que versa su cuidado parental.

Por lo que, me es grato otorgar **mi voto aprobatorio** para que la licenciada en Derecho pueda defender su trabajo ante el Sínoo que se conforme para tal efecto, no sin antes reconocer el trabajo realizado por la sustentante y agradecer a la Coordinación de Posgrado mi designación como miembro revisor del presente trabajo de investigación.

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

TATIANA VANESSA GONZALEZ RIVERA | Fecha: 2021-12-14 15:41:20 | Firmante

haVAoGQWqfKD3DreVHDjsHDEIQRiWYCP7ik5Bo0Ca94twkTwNoq7zUaRRfs9tT1HA9vAxwJD8LEwQ/KuEDgMiNggNNWO49RzGSkhjC3U51GmjgLP7h6gaoXds9iP43gwRGqTZirSaXzmivJt25U1Gdvp0zJF+mUzF5fWfSh/3fQZ+e6DFRsVftiQMy2UNKCbuzRbAnKsikfLz6hfQSNRzogmf3hKbWu4eFh568lJi9gQQFYyyXY3G/iVgLTP3C5au8KDACUx6B9k BmPN6/kZYmPyoGtHKZ14Hvi9wKODT04s6OkGc1qJdSAv6DRJ90kmMIW5X0aLMw7YIPyX8heig==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



CW23yQoac

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/21YwiKmDB6kHNWSLa0dz9w9c8Au037g5>