



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO

**“ADICIÓN SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ESTADO DE
MORELOS DESDE LA ÓPTICA DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS,
NIÑOS Y ADOLESCENTES”**

TESIS

PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA LA

LIC. WENDY ZAVALA LARA

DIRECTOR DE TESIS

DR. EDUARDO OLIVA GÓMEZ

PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO UAEM SNI-1

CODIRECTORA

DRA. REYNA SÁNCHEZ SIFRIANO

PROFESORA DE ASIGNATURA

FD-UNAM. SNI-1

CUERNAVACA, MORELOS

MAYO 2023.

ÍNDICE GENERAL

LISTA DE ACRÓNIMOS	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO PRIMERO	6
MARCO TEÓRICO: LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU RELACIÓN CON LAS HIJAS E HIJOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD	6
1.1 Delimitación de los términos: niña, niño y adolescente.....	6
1.2 El interés superior del niño.....	12
1.3 Estudio sobre el Síndrome de Alienación Parental, Síndrome o manifestación	23
1.3.1 Concepto	23
1.3.2 Evolución	27
1.4 De la patria potestad	30
1.5 Guarda y Custodia.....	35
1.6 Régimen de Visitas y Convivencias.....	42
1.7 Capacidad y autonomía progresiva	47
CAPÍTULO SEGUNDO	55
LA REGLAMENTACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMPARADO NACIONAL	55
2.1 Legislación del Estado Libre y Soberano de Morelos.....	55
2.2 Legislación de la Ciudad de México	58
2.3 Legislación del Estado de Chiapas.....	66
2.4 Legislación del Estado de Sinaloa	69
2.5 Legislación del Estado de Sonora	72
2.6 Legislación del Estado de Zacatecas.....	76
2.7 Legislación del Estado de Hidalgo.....	78
2.8 Legislación del Estado de Coahuila de Zaragoza	80
CAPÍTULO TERCERO	90
LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO INTERNACIONAL	90
3.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948	90
3.2 Declaración de los Derechos del Niño, Ginebra 1959.....	93

3.3 Convención de los Derechos del Niño de 1989.....	96
3.4 Principios rectores de los derechos de niñas, niños y adolescentes	100
3.4.1 Principio del Interés Superior del Niño.....	102
3.4.2 Principio de No Discriminación	110
3.4.3 Principio de Derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo	115
3.4.4 Principio de Derecho a la participación.....	118
3.5 Observación General Número 5, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niños”	126
3.6 Observación General Número 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”	127
3.7 Observación General Número 12, “El derecho del niño a ser escuchado”	131
3.8 Observación General Número 14, “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”	134
3.9 Observación General Número 17, “El derecho del niño al descanso, al esparcimiento, al juego, a las actividades recreativas, a la vida cultural y a las artes”	137
CAPÍTULO CUARTO	140
LA CUSTODIA COMPARTIDA: BENEFICIOS, VENTAJAS Y DIFICULTADES... ..	140
4.1 Diferencias entre la custodia monoparental y la custodia compartida.....	140
4.2 La importancia de la custodia compartida en los padres que se encuentran separados.....	151
4.3 Preferencias infantiles sobre su custodia	153
4.4 La importancia de la familia	155
4.5 El divorcio ideal.....	157
4.6 Tipos de custodia compartida.....	158
4.7 Custodia compartida y la distribución Socio-Laboral.....	162
4.8 Familia negociadora.....	163
PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN	165
Exposición de motivos:.....	168
CONCLUSIONES	173
FUENTES DE INVESTIGACIÓN.....	175

LISTA DE ACRÓNIMOS

Acrónimo	Significado
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
CCDF	Código Civil para el Distrito Federal.
CCEA	Código Civil del Estado de Aguascalientes.
CCEC	Código Civil del Estado de Chiapas.
CCECZ	Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza.
CCF	Código Civil Federal.
CDH	Comisión de Derechos Humanos.
CDN	Comité de los Derechos del Niño.
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño.
CFEM	Código Familiar para el Estado de Morelos.
CFES	Código Familiar para el Estado de Sinaloa.
CFES	Código Familiar para el Estado de Sonora.
CFEZ	Código Familiar del Estado de Zacatecas.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIPD	Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo.
CPC	Código de Procedimientos Civiles.
CPCDF	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
CPFECZ	Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Coahuila de Zaragoza.
CPFES	Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa.
DDN	Declaración de los Derechos del Niño.
DG	Declaración de Ginebra.
DMSSPyDN	Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
DyPAV	Declaración y Programa de Acción de Viena.
EP	Estados Partes.
IDH	Índice de Desarrollo Humano.
INEGI	Instituto Nacional de Estadística y Geografía.
ISN	Interés Superior del Niño.
LEDNNA	Ley Estatal de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
LFPyED	Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.
LGDNNA	Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
LNSIJPA	Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.
LPDNNA	Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
LPFCZ	Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza.
LPFEH	Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.
OC	Opinión Consultiva.
OG	Observación General.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
ONG's	Federación Coordinadora de Organizaciones No Gubernamentales.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
SAP	Síndrome de Alienación Parental.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
SNU	Sociedad de Naciones Unidas.
TSJEM	Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos.
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund.

INTRODUCCIÓN

Los divorcios y controversias del orden familiar que se suscitan entre la pareja con el paso de los años se han hecho más visibles, lo que nos hace pensar en la forzosa necesidad de crear nuevos mecanismos o adecuar los existentes con la finalidad de lograr una armonía en estas desavenencias y mucho más, de proteger el interés superior de niñas, niños y adolescentes que atraviesan por conflictos como el divorcio o la separación de sus padres. En este sentido, la denominada custodia monoparental es la más solicitada y decretada tanto por los padres como por los juzgadores, debido a que por muchos años ha sido utilizada y hasta puede decirse que es común. Sin embargo, figuras como la *custodia compartida* están dirigidas a proteger el interés superior y sus derechos por encima del de sus padres, debido a que garantiza la presencia y crianza de manera conjunta como se venía haciendo de manera cotidiana con ambos progenitores.

la falta de una adecuada reglamentación a figuras como la *custodia compartida* no permite la entrada a nuevos procesos culturales debido a que las familias cambian y sus necesidades también, es por ello que dotar de herramientas en la normativa legal, a juzgadores y sobre todo a los involucrados de manera directa para reconocer, procurar, proteger y garantizar el interés superior y los derechos de las niñas, niños y adolescentes crearía un equilibrio entre los intereses personales de los progenitores y los derechos y responsabilidades para con los hijos. El interés superior de las niñas, niños y adolescentes se ve vulnerado al no existir mecanismos ni condiciones en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos para brindarles seguridad jurídica a sus derechos establecidos tanto en instrumentos nacionales como internacionales de los que México es parte.

Es por ello, que la presente investigación está encaminada a la defensa del interés superior de las niñas, niños y adolescentes a través de la figura de

la *custodia compartida* como un mecanismo de acceso a la libre presencia de sus padres y familiares, y que estos sean titulares de derechos, como lo es su opinión en temas relacionados con su custodia, sus padres, su familia y en general lo que les pueda afectar de manera directa o indirecta, viéndolo desde una perspectiva fundamental para su desarrollo. Lo anterior, en razón de que mientras para los padres es un deber el ejercicio de la custodia, para las y los hijos es un derecho la protección del interés superior. De manera que sí el interés superior de las niñas, niños y adolescentes es un derecho humano, la falta de una adecuada reglamentación no faculta al juez para que pueda decretar mediante sentencia la custodia compartida como medio de protección a este derecho.

En atención a lo anterior, la presente investigación se ha construido con la consulta de diversas fuentes de información que incluyen libros, capítulos de libros, artículos científicos y desde luego, leyes y códigos nacionales, normatividad institucional, así como la revisión de criterios jurisprudenciales en el tema. se ha desarrollado en cuatro capítulos con una metodología principalmente deductiva-inductiva con la finalidad de establecer una relación entre conceptos generales y particulares, así como un vínculo entre la teoría y la observación.

De igual forma se utilizó el método histórico para los antecedentes y mejor entendimiento de la norma; el analítico para una interpretación partiendo de un estudio minucioso, aterrizando en los elementos básicos de la investigación, y posteriormente el método comparado el cual permite establecer las similitudes o diferencias entre los Códigos Nacionales consultados, así como leyes nacionales e instrumentos internacionales; todo el material producto de la investigación es empleada para la construcción de una propuesta que resulte favorable a fin de dar solución a la problemática que presenta el tema.

En el primer capítulo se desarrollan los conceptos que se consideran importantes para el entendimiento de la investigación, origen, visión doctrinaria y contexto social, como son la delimitación del término niña, niño o adolescentes; el interés superior del niño; estudio sobre el Síndrome de Alienación Parental; la patria potestad; la guarda y custodia; visitas y convivencias, así como la capacidad y autonomía progresiva.

Posteriormente en el segundo capítulo se realiza un estudio de derecho comparado nacional en códigos y leyes de familia sobre la figura de la custodia compartida, su aplicación, consideraciones generales, características, e incluso de su existencia o no, pese a que algunos Estados como Hidalgo y Coahuila cuentan con legislación en materia de familia.

En cuanto al tercer capítulo, nos adentramos en la investigación sobre los instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño de 1989, analizando los principios rectores de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como las Observaciones Generales que ha emitido la Convención de los Derechos del Niño, con la finalidad de comprender la importancia que tiene el respeto a los derechos humanos, la trascendencia, y cambio desde el ámbito, familiar, político y social.

Para finalizar, en el cuarto capítulo se abordan cuestiones más específicas como son las preferencias de las niñas, niños y adolescentes en los procesos de divorcio o separación; la familia y la importancia de las nuevas formas de guarda y custodia como la compartida; características, tipos, y la evolución de la familia. Cabe mencionar que en este proceso se utilizó la entrevista aplicada a jueces y juezas del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos, así como a litigantes en el ejercicio de la libre profesión para aportar datos reales sobre la *custodia compartida*.

En este sentido podemos decir que la *custodia compartida* es la nueva forma de proteger y preservar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, poniendo a un nivel superior sus derechos como derecho

humano, garantizando la presencia de ambos progenitores para que prosigan con la crianza y cuidado de sus hijos, pues son ellos los beneficiarios directos de la institución llamada familia.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO: LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU RELACIÓN CON LAS HIJAS E HIJOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD

SUMARIO

1.1 Delimitación de los términos: niña, niño y adolescente; 1.2 El interés superior del niño; 1.3 Estudio sobre el Síndrome de Alienación Parental, Síndrome o manifestación; 1.3.1 Concepto; 1.3.2 Evolución; 1.4 De la patria potestad; 1.5 Guarda y Custodia; 1.6 Régimen de Visitas y Convivencias; 1.7 Capacidad y autonomía progresiva

1.1 Delimitación de los términos: niña, niño y adolescente

Es importante empezar este estudio con los elementos subjetivos de los términos niñas, niños y adolescentes, respecto a los cuales en diversas literaturas jurídicas aún se emplea la expresión *menor*. En relación con ello nos dice González y Rodríguez ¹ que para determinar que es un menor de edad desde el punto de vista jurídico mexicano, es preciso trazar una frontera entre el concepto de *menor* y el de *incapaz*.

En este sentido la autora antes citada nos dice que, el término *menor de edad* como lo señala el Derecho Civil y en términos numéricos a fin de otorgar a las personas que no cumplen con este requisito, determinados derechos y obligaciones, para el entorno social y familiar. Afirmando lo siguiente:

¹ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto Mexicano*, México, UNAM, 2011, pp. 1-70, pp. 2 y 3.

“a) el menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos) sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa); b) además, es una realidad humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia con el transcurso del tiempo, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor, para el que cada día que vive y pasa se aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a que aspira.” (Sic)

Atendiendo a lo anterior, es importante reconocer que el menor es sujeto de derechos reconocidos como a toda persona, los cuales están enfocados a protegerlos en un sentido amplio, combinando la esfera jurídica con la social, afirmando que tiene derecho a la felicidad y al bienestar.

Debemos considerar que el *menor* no es un *incapaz*, sino por el contrario, es una persona con derechos que se ve limitado por la función tuitiva que representan sus padres. Así pues, se puede afirmar que el menor tiene determinadas limitaciones sin que sea un incapaz.

En este sentido, la *Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* por su acrónimo OC determina que:

“...para los fines que persigue esta Opinión Consultiva es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar.

Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza

personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de esta en gran medida los niños.” (Sic)

En la actualidad niñas, niños y adolescentes no deben ser considerados como personas disminuidas por razón de su minoría de edad, sino como seres humanos con derechos específicos, que debido a su edad puedan gozar de ellos y de la protección de estos.

En el plano internacional ambos conceptos se encuentran en el cuerpo de los Convenios Internacionales, algunos ratificados por México, como los que se refieren exclusivamente al menor y así destinan su contenido a este sector, por ejemplo, el Convenio del 12 de junio de 1902 sobre tutela de menores, el Convenio del 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, y el Convenio del 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Por otro lado, encontramos los convenios internacionales que se refieren al incapaz y destinan su contenido a la protección y regulación de este sector; por ejemplo, el Convenio del 17 de julio de 1905 sobre interdicción civil.

En relación con lo anterior, es justificable que los Convenios no sean aplicados de manera aislada sino como un sistema de protección integral hacia el menor, ya que, a partir de la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989* por su acrónimo CDN, los dota con instrumentos para su protección.

Para continuar con el discernimiento sobre la protección del menor en el marco de protección, la CDN del 20 de noviembre de 1989, entiende por niño en su artículo 1º, *todo ser humano menor de dieciocho años de edad,*

*salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*².

De lo anterior, se desprende que la edad de 18 años no es absoluta para determinar la minoría de edad, aunque sí lo es como límite para la protección de una persona.

Siguiendo con la OC antes mencionada, señala que “para los efectos de esa opinión, «niño» o «menor de edad» es toda persona que no haya cumplido 18 años de edad”. Así pues, las percepciones que se tienen sobre el concepto de menor o niño, depende de la ley que se le aplique.

Ahora bien, desde un punto de vista semántico, y tomando en consideración la pluralidad de normas, se puede determinar que niño, niña, adolescente o menor pueden ser considerados como un sinónimo, en el sentido de equiparar las cualidades de esa persona durante la etapa de su minoría de edad.

Es importante resaltar el razonamiento que hace la *Federación Coordinadora de Organizaciones No Gubernamentales* por su acrónimo ONG´s que trabajan con la Niñez y la Adolescencia, *CODENI* de Nicaragua³, al señalar que “resulta conveniente emplear la terminología «niñas, niños y adolescentes», para rescatar su condición de sujetos sociales y de derecho, producto de su personalidad jurídica, y dejar atrás la política de la situación irregular, que emplea el vocablo «menores» en forma peyorativa”.

En relación con lo anterior, la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969* por su acrónimo CADH, en su artículo 19, nos dice que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición

² Véase CDN. Disponible en www.unicef.es, consultado el 30 de marzo de 2022.

³ Véase, “OC-17/2002”, de 28 de agosto de 2002, p. 28.

de menor requiere de su familia, de la sociedad y del Estado”⁴. Es decir, todas las personas menores de 18 años son reconocidas como sujetos de derechos y de protección integral.

Así pues, tomando en consideración la normativa internacional, de la que México es parte desde 1990, refiriéndome a la CDN de 1989 que marca el parteaguas para el reconocimiento de los derechos del niño; nos dice que “La Convención, a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones”⁵.

Por su parte, la *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, por su acrónimo LGDNNA en su artículo 5^{o6} establece lo siguiente:

“Son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Para efectos de los tratados internacionales y la mayoría de edad, son niños los menores de dieciocho años de edad.

Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años de edad, se presumirá que es adolescente. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor o menor de doce años, se presumirá que es niña o niño”.

⁴ Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969, Art. 19. Disponible en <https://www.cndh.org.mx/>, consultado el 30 de marzo de 2022.

⁵ Véase CDN, UNICEF, junio, 2006, p. 6.

⁶ Véase LGDNNA. Disponible en www.ordenjuridico.gob.mx, consultado el 10 de mayo de 2021.

González Contró⁷, nos dice que el concepto de “niño” es una construcción histórica y que la adolescencia tiene componentes sociales que determinan una duración distinta. De modo que se vuelve imprescindible determinar cómo se ha ido construyendo la identidad de este grupo social, y las razones por las que merecen un trato diferenciado.

En sentido general, se identifica como niñas y niños a las personas hasta una edad de doce años; a partir de ese momento, no resulta claro identificar a las personas como niños sino se utiliza en ocasiones el término adolescentes.

En México la delimitación que incorpora el artículo 18 constitucional es la categoría de “adolescente”, que comprende a las personas de doce a diecisiete años que se diferencia de las niñas y niños, debido a que pueden ser sujetos del sistema de justicia para adolescentes; es decir, tendrían responsabilidad en la comisión de conductas tipificadas como delitos.

De lo anterior, se advierte que el sistema jurídico mexicano, establece como parámetro que serán niñas o niños los menores de 12 años, y adolescente las personas entre 12 años cumplidos y menos de 18 años; quienes serán titulares de derechos, con capacidad de goce, respeto y de protección por parte del Estado Mexicano y los Tratados Internacionales de los que México es parte.

Por lo tanto, una vez establecidos los parámetros de edad, así como las diferencias de los conceptos desarrollados en los párrafos anteriores, es importante resaltar que los derechos humanos son para todas las personas, sin hacer diferencias de edad, ya que las decisiones que vayan adoptando

⁷ González Contró, Mónica, *Derechos de los Niños y las Niñas*, México, UNAM, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revoluciones de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 1-53, p. 2.

serán con base a su capacidad progresiva, vida, desarrollo social, psicológico y conocimientos adquiridos.

De esta forma, tenemos que, en el caso de niñas, niños y adolescentes, en su condición de persona, ostentan una personalidad y capacidad para obtener derechos y obligaciones. No obstante, el ordenamiento jurídico limita su capacidad de obrar con relación a su edad; y por lo tanto dicha capacidad será adquirida de manera progresiva conforme a su edad y grado de madurez dotada gradualmente.

1.2 El interés superior del niño

La *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989, por su acrónimo CDN tiene como uno de sus principios fundamentales *el interés superior del niño*; sin embargo, también va más allá al considerar a la familia como un grupo fundamental de la sociedad, y en particular a los niños, los cuales deben de recibir protección para que puedan asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad.

El reconocimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la actualidad es primordial, para el pleno y armonioso desarrollo físico y mental, propiciando que su desarrollo sea en un seno familiar, en el cual se le pueda brindar amor, apoyo, cariño, comprensión y sobre todo respeto.

El concepto de interés superior del niño es un concepto que se puede considerar subjetivo, ya que los intereses que pretende abarcar son muchos y principales; para empezar, debemos destacar que el concepto de interés superior del niño cobra relevancia y es reconocido en la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989, en donde se consagra al niño como titular de derechos, tomando en consideración los valores culturales de cada pueblo para la protección y el sano desarrollo.

Por tanto, tenemos que la CDN, establece en su artículo 3° con relación al interés superior que “todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”. Es decir, todos los Estados Parte, menos Estados Unidos, (Somalia y Sudán del Sur ratificaron la Convención en 2015), tienen la obligación de asegurar la protección y cuidados necesarios para garantizar los derechos de cada niña, niño y adolescente, con la finalidad de que se atienda el interés superior, y que los padres, tutores, y el Estado, sean responsables de brindarles certeza jurídica.

Por su parte Baeza⁸, define al interés superior como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, del menor de edad y en general, de sus derechos, que busca su mayor bienestar”. En cuanto a este concepto, considero desde una perspectiva personal que el autor resalta algunos elementos que deben ser considerados al momento de aplicar el interés superior y no como un concepto integrado; es decir de manera general debe existir el respeto y la protección a los derechos de la niña, niño o adolescente con la finalidad de buscar su bienestar.

Me gustaría resaltar, que en la actualidad cuando se habla del interés superior del niño, estamos hablando de lo que nosotros como adultos consideramos que es lo mejor o lo más conveniente, no lo que verdaderamente expresaría el niño, porque desconoce el concepto.

⁸ Baeza Concha, Gloria: *“El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”*, *Revista Chilena de Derecho*, 2011, vol. 28, núm. 2, pp. 355-362, p. 356.

Ahora bien, el interés superior del niño debe tener como punto de partida el artículo 4º de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* por su acrónimo CPEUM, el cual señala en su párrafo noveno: “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”.

En este sentido, la *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* por su acrónimo LPDNNA⁹ es reglamentaria del artículo 4º párrafo sexto de la CPEUM, con la que el Estado pretende garantizar la tutela y el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna.

En este sentido, el artículo 3º de la Ley antes citada, tiene como principio rector de protección “A. El interés superior de la infancia...”, por lo que, el interés superior de niñas, niños y adolescentes, será considerado como un derecho humano en principio, por lo tanto todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Por su parte la LGDNNA¹⁰, publicada el 4 de diciembre de 2014, destaca que las niñas, niños y adolescentes son titulares de derechos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia,

⁹ Véase LPDNNA. Disponible en www.ordenjuridico.gob.mx, consultado el 11 de junio de 2021.

¹⁰ Véase LGDNNA. Disponible en www.ordenjuridico.gob.mx, consultado el 10 de mayo de 2021.

indivisibilidad y progresividad, en los términos que establece el artículo 1° de la nuestra CPEUM.

De igual forma, enfatiza que el interés superior deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre a niñas, niños y adolescentes. Es decir, cuando se presenten diferentes interpretaciones sobre una cuestión en la que se decida o afecte sus intereses, se deberá elegir las que satisfagan de manera efectiva el interés superior, manifestando cómo se preserva dicho principio.

Sin embargo, como lo señaló González y Rodríguez¹¹, el “interés superior del menor” es y será un concepto jurídico indeterminado marcado por dos notas características: a) La relatividad y b) La movilidad y su consiguiente necesidad de adaptación a las nuevas realidades. El elevado número de estudios referentes al menor y, en concreto, al interés superior del menor, aunado al importante número de instrumentos normativos, autónomos, convenciones o declaraciones, reflejan, de una u otra manera, que es imprescindible ocuparse de los menores, de sus necesidades, de sus preocupaciones, de todo su mundo; estos estudios muestran la importancia de este tema a la par de la necesaria toma de conciencia por los ciudadanos. Es evidente la necesidad de hacer frente a todos los aspectos que rodean al menor debido a su creciente importancia jurídica y social, dos aristas que deben ser estudiadas conjuntamente en aras de dar una protección integral al menor”.

Al respecto el concepto de interés superior del niño es muy dinámico, lo que implica tomar en cuenta las circunstancias concretas de cada persona para poder dar una interpretación conforme a cada asunto.

¹¹ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto Mexicano*, México, UNAM, 2011, pp. 1-70, p. 22.

Ahora bien, para interpretar el principio del interés superior del niño, nos dice Torrecuadrada¹² que para ello hay que identificar sus perfiles con el propósito de ver su caracterización, órganos que lo han de aplicar y criterios aplicables, destacando lo siguiente:

1. Caracterización del interés superior del niño:

El interés superior del menor es un derecho subjetivo de los niños y un principio inspirador y fundamental de los derechos de los que son titulares, que posee un propósito protector “debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía” ... Si no fuera porque los menores de edad gozan de un interés social fundamental carecerían de una regulación específica protectora de sus derechos (desde esta perspectiva, es el motivo de la existencia de la misma Convención que lo proclama).

2. Los órganos que han de aplicar el interés superior del niño:

El órgano aplicador del interés superior del menor depende del plano en el que se encuentre la decisión, es decir, será el representante del Estado en una negociación internacional; el legislador si el principio actúa como inspirador de la legislación que pueda afectar a los menores, o el órgano judicial o administrativo que haya de decidir en un caso concreto la aplicación de una norma. Sin embargo, los aplicadores habituales de este principio son los padres de los niños, que habrán de adoptar todas las decisiones que pudieran afectarles orientados precisamente en atención a su interés superior.

3. Criterios aplicables para determinar el interés superior del niño:

¹² Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, “*El interés superior del niño*”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. XVI, 2016, pp. 1- 24, pp. 5-16.

Del mismo modo que carecemos de una definición acerca del interés superior del menor, tampoco contamos con criterios aplicables con carácter general para determinarlo, pues ni los textos internacionales ni los nacionales, los establecen de forma taxativa... Hay que tener en cuenta los criterios y elementos que se indican siempre en función del escenario que se nos presenta. Así, la ponderación de los intereses en presencia será distinta en función de la posición que ocupe el menor; es importante considerar la capacidad de transmitir ideas propias responsablemente formadas y no inducidas mediante algunos mecanismos, entre los que no podemos descartar el miedo del niño a las consecuencias de su manifestación de voluntad en aquellos a quienes pueda afectar.

4. Consecuencias del interés superior del niño:

La primera consecuencia que se extrae de la correcta aplicación del principio es la priorización del interés del niño sobre cualquier otro interés legítimo en presencia, tanto si ello supone considerar en menor medida este último como si se trata de no poder ponderarlo para resolver la situación...

Como hemos podido observar, hay una gran variedad de componentes que comprenden el concepto del interés superior de niño, sin duda no es fácil construir una definición sin tomar en cuenta factores como las situaciones que afectan de forma real a las niñas, niños y adolescentes; las interpretaciones que puedan hacer del concepto los juristas responsables de su aplicación; saber que no es una fórmula a todos los casos (no se trata de cosas) ya que las circunstancias pueden ser muchas y muy variadas; sin embargo, los encargados principales de velar por el cumplimiento del interés superior de las niñas, niños y adolescentes son los padres, ya que cualquier situación que se presente a causa de una afectación al núcleo familiar no puede ni deben tomarse decisiones a la ligera.

Por otra parte, Oliva Gómez¹³ afirma que “el interés superior de niñas, niños y adolescentes, constituye una nueva forma de direccionar el pensamiento jurídico, su análisis y la interpretación, reconociéndolo como principio rector que debe estar presente en el actuar de todo tipo de autoridad y que provoca llevar su estudio de manera flexible y adaptable al caso concreto, generar un pensamiento crítico con el fin de lograr construir un sistema jurídico protector de sus derechos, donde dejen de ser cosificados, para ser tratados como personas titulares de derechos que deben ser atendidos con respeto, con sensibilidad, con cariño y con las más altas consideraciones”.

Nos parece muy interesante la forma en que se aborda el concepto del interés superior, ya que desde una perspectiva más humana, nos dice que las niñas, niños y adolescentes deben ser tratados como titulares de derechos, no como si fueran una cosa; es decir, más allá de que se entre a la defensa de este interés, debemos primero hacer un análisis desde un punto de vista más humano, más amable, con sensibilidad, entender que lo que está en juego es la estabilidad emocional, social y cultural de personas, que por sus condiciones necesitan nuestro apoyo, para que puedan disfrutar de todos sus derechos, y que en la medida de que los respetemos, nos respetamos a nosotros mismos.

En este sentido, traemos a colación lo afirmado en la *Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993* por su acrónimo DyPAV¹⁴, en torno al

¹³ Oliva Gómez, Eduardo, “*La Aplicación del Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes en el caso del Divorcio de sus progenitores*”. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana (Española)*, Núm. 13, agosto de 2020, pp. 162-193, p. 169.

¹⁴ Aguilar Cavallo, Gonzalo, “*El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, *Centro de Estudios Constitucionales*

compromiso y la importancia de intensificar los esfuerzos con la finalidad de promover el respeto a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, tomado como principio "los niños ante todo".

La obligación de respetar el principio del interés superior del niño, entendiéndose que dé inicio intervienen un sin número de factores y criterios para su protección y garantía, nos dice Aguilar Cavallo¹⁵ que, derivado de las enseñanzas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, se pueden extraer tres niveles de obligación:

- En primer lugar y primordial los padres del niño, incluyendo el rango de familia, considerándose como núcleo fundamental de la sociedad. En segundo lugar, es el Estado en sus tres niveles de gobierno (ejecutivo, legislativo y judicial), obligado a adoptar medidas efectivas de efecto útil, destinadas a plena vigencia y aplicación del principio del interés superior del niño. Y, en tercer lugar, la sociedad por el conjunto de criterios y casos particulares que integran el interés superior del niño. Señalando la Corte que el Estado y la Sociedad deben ceñirse a las acciones y respetar la protección de los niños en la promoción y preservación de sus derechos.

El interés superior en el ámbito jurisdiccional es un principio directriz relacionado con cualquier norma jurídica que tenga que ser aplicada o que afecte intereses de alguna persona menor de 18 años. Este principio ordena una interpretación sistemática para darle sentido a la norma en cuestión como son los derechos y deberes de protección previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de las niñas, niños y adolescentes.

de Chile, Santiago, Chile, vol. 6, núm. 1, 2008, ISSN 0718-0195, pp. 223-247, p. 225.

¹⁵ *Ibíd*em, pp. 238 y 239.

Entonces, como establece el “*Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia*”¹⁶ los operadores jurídicos estarían vinculados a invocar la jurisprudencia y observaciones de los tribunales y comités internacionales para interpretar o dar cumplimiento a las disposiciones de derechos humanos, siempre que sean más protectoras para las niñas, niños y adolescentes; lo anterior en virtud del artículo 1° CPEUM y de los compromisos internacionales que asumió el Estado Mexicano.

Por su parte la *Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño* por su acrónimo OG¹⁷ señala que: “El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno a varios niños en una situación concreta. El objeto del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”.

Ahora bien, para determinar el interés superior en cada asunto la Observación General 14 antes citada estipula que se deberán seguir los siguientes pasos: “En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes en el contexto de los hechos concretos al caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlo de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás. En segundo lugar, seguir con un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho”.

¹⁶ Compilación de fundamentos útiles para la aplicación del “Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Año 2014, p. 4.

¹⁷ Véase OG Núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC 14. GE13-44192.

En este sentido, la evaluación del interés superior¹⁸ nos dice “que se deberán valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión. Esta decisión incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal y se requiere la participación del niño. La determinación del interés superior es el proceso estructurado y con garantías estrictas concebidas para determinarlo”.

Al hacer una evaluación y determinación del interés superior del niño, los profesionales que tomarán una decisión deben considerar algunos criterios, que han sido señalados en el Comité de Derechos del Niño como son: La edad y madurez del niño en la práctica de la evaluación del Interés Superior. ¿Qué edad tiene el niño? ¿Cuánto se va a alargar el proceso? ¿Cómo va a afectar la decisión a la evolución futura del niño? Si es un niño pequeño, ¿Cómo afectará la decisión al desarrollo de sus lazos emocionales y sus capacidades? Si es un adolescente, ¿Se está respetando su derecho a la intimidad con la decisión? ¿Cómo de maduro es el niño?

La edad y madurez del niño¹⁹ (se deberá considerar las necesidades actuales y futuras, teniendo en cuenta la evolución natural); la percepción del tiempo (los niños y los adultos no perciben el tiempo de la misma forma, es por eso que se debe dar prioridad a los procedimientos que afectan a niños); la edad no limita el derecho de expresar la opinión (se debe escucharlos sin importar su edad, en todo caso se deberán adaptar los procesos de escucha, algo importante es revisar las medidas cuando la capacidad del niño para opinar evolucionen); las etapas del desarrollo repercuten en su evolución, es por eso que debe tener mucho cuidado en los efectos que puedan tener las

¹⁸ Martínez García C. y Del Moral Blasco C, “*Guía para la evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño*”, *El Ministerio de Economía, Industria y competitividad*, Madrid, España, Año 2017, pp. 1- 27, p. 8.

¹⁹ *Ibíd*em, pp. 10 y 11.

decisiones; las terapias y tratamientos también deben ser considerados en caso de ser necesarios. En el caso de los adolescentes deben tener la información suficiente para poder expresar su opinión, deseos y creencias.

En la evolución y vulnerabilidad de los niños pequeños el Estado deberá velar por su defensa ante las distintas formas de vulneración de sus derechos como los abusos que puedan sufrir, se pueden aplicar pruebas como resultado de la negligencia y abusos en niños pequeños, datos evidentes pueden ser en los procesos de maduración cerebral.

En cuanto a la madurez entendiéndose como la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, esta dependerá en gran medida de la capacidad que tenga cada niño.

Es muy importante que las niñas, niños y adolescentes, tengan la oportunidad de ser escuchados, para que con base a su capacidad progresiva puedan formarse un juicio respecto de la situación que están pasando, debiendo ser un factor destacado para la resolución, y de esta manera tener participación en el procedimiento. Así como el compartir los resultados del mismo, permitirá que se sientan parte de la determinación.

En el entendido de que la familia es considerada como el núcleo de la sociedad, y en la cual se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes, las relaciones que tenía con su familia antes de la separación o divorcio no deben ser destruidas siempre y cuando el contacto sea benéfico. Recordemos que el desarrollo integral de una niña, niño o adolescentes abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.

De modo que debemos entender que es necesario el rompimiento cultural y que el interés superior de las niñas, niños y adolescentes debe ser el límite de protección para los padres y los juzgadores al momento de emitir una resolución, y que ante todo deberán protegerlo como un derecho humano y no solo quedar plasmado en textos, sino verdaderamente darle ese sentido.

Es importante destacar que para los padres es un deber el ejercicio de la custodia, pero para las niñas, niños y adolescentes es un derecho.

1.3 Estudio sobre el Síndrome de Alienación Parental, Síndrome o manifestación

1.3.1 Concepto

Al margen de la custodia siempre hay un impacto en el desarrollo emocional de los hijos, muchos de ellos son asociados con la separación o el divorcio de los padres, convirtiéndose muchas veces en víctimas de situaciones sutiles de manipulación por parte de alguno de los padres o de ambos. En este sentido, el Síndrome de Alienación Parental (SAP)²⁰ se trata de una maniobra en la que uno de los padres dirige de forma solapadamente sutil y perversa a los hijos contra el otro progenitor, sin que exista una causa justificada y razonable para ello.

La detección del SAP no resulta fácil, para identificarlo existen una serie de criterios como los que señala Aguilar Cuenca²¹, que pueden ayudar a identificar este tipo de trastorno en el proceso de la ruptura de la pareja: a) que el niño trate al otro padre como desconocido, sintiendo su proximidad como agresión; b) que existan muestras de desamor hacia el progenitor rechazado; c) que observen signos de odio total o absoluto hacia el padre rechazado; d) que hayan constantes manifestaciones de una desacreditación del padre alienador hacia el otro progenitor a lo largo del proceso de separación o divorcio; y e) el odio no solo es hacia la figura del progenitor rechazado sino a

²⁰ Vallejo Orellana, Reyes, y Sánchez-Barranco Vallejo, Fernando, y Sánchez-Barranco Vallejo, Pablo, "Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos." *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Núm. 92, año 2004, pp. 91-110, p. 101.

²¹ *Ibíd*em, pp. 101 y 102.

todo el entorno familiar, cuando previamente se había tenido buenas relaciones afectivas.

Por su parte Gardner, lo delimita como un desorden que surge casi exclusivamente en los contextos de disputa por la custodia del hijo, provocando programaciones que tienen como objetivo central alienar a un progenitor, haciendo una especie de «lavado de cerebro» contra el otro progenitor o induciendo a esa alienación mediante una campaña de desprestigio contra el padre victimizado. En este sentido, nos da tres tipos de Síndrome de Alienación Parental, leve, moderado y severo: ²²

“El tipo leve, es la etapa donde se producen las visitas con el padre no custodio, sin que aún ocurran grandes situaciones de conflicto, la fase de desprestigio es de baja intensidad, aunque se hayan iniciado los sentimientos de culpa con el padre desprestigiado.

Por otra parte, nos dice que el tipo moderado, comienzan los conflictos en las visitas con el padre no custodio, especialmente en la entrega de los hijos, siendo frecuentes los enfrentamientos entre la pareja. El niño muestra claramente su afecto positivo hacia el padre atacante, a la vez que culpabiliza al otro de todas las situaciones de conflicto que surgen. Igualmente comienzan las interferencias de las visitas, utilizando excusas de toda índole, bien para acortarlas, bien para impedir las. Lógicamente los lazos afectivos con el padre no custodio se van deteriorando y se intensifican los establecidos con el padre custodio.

²² Richard A. Gardner, “*La relación entre el síndrome de alienación parental (PAS) y el síndrome de la falsa memoria (FMS)*”, *The American Journal of Family Therapy*, publicado en línea 2010, vol. 32, núm. 2, pp. 79-99, DOI: [10.1080/01926180490424181](https://doi.org/10.1080/01926180490424181)

Y en el tipo severo, aparece cuando la tarea de desprestigio es extrema y continua. Las visitas del padre no custodio se hacen imposibles o, sencillamente se anulan con reiteradas provocaciones y entorpecimientos. Además, en el momento de los encuentros con el padre no custodio, los menores reaccionan con llanto desconsolado, inquietud y angustia, lo que parecería una creencia de algún tipo de maltrato por parte del mismo. El objetivo es que los vínculos afectivos con el otro padre queden definitivamente rotos”.

En este sentido, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes no deben de impedirse, por ello es importante estar pendiente de los cambios que tenga, e incluso se puede solicitar un cambio de custodia, por el ejemplo el *Código Civil del Estado de Aguascalientes* por su acrónimo CCEA, en su artículo 434, contempla la obligación de los padres de abstenerse de cualquier conducta de “alienación parental” hacia sus hijos, entendiéndose por tal, “la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su menor hijo, mediante la desaprobación o crítica tendiente a obtener la denigración exagerada y/o injustificada del otro progenitor para producir en el menor, rechazo, rencor, odio o desprecio hacia éste, y/o con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores”.

De igual forma Ferrari y Zicavo²³, citando a Aguilar, señalan que “*la alienación parental surge en el contexto de las disputas por la custodia de un hijo, manifestándose en maniobras, ardides, campañas de difamación y denigración contra el Padre (entendiéndose padre o madre) ausente. Es el resultado del adoctrinamiento e inculcación de ideas, supuestos apriorísticos y emociones negativas contra el progenitor ausente*”.

²³ Ferrari, J. y Zicavo, N, *Padres separados. Cómo criar juntos a sus hijos*, Trillas, México, reimpresión 2012, pp. 5-156, pp. 39 y 40.

De igual forma, el *Código Familiar para el Estado de Morelos* por su acrónimo CFEM²⁴, en su artículo 224, sobre la Procuración del Respeto hacia los Progenitores, nos dice que:

“Quien ejerza la patria potestad, debe de procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación y alienación parental encaminada a producir en la niña o en el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor, sopena de suspenderse en su ejercicio.

Se entenderá por “Síndrome de Alienación Parental”; la conducta de uno de los progenitores o integrantes del entorno familiar, tendiente a sugestionar o influir negativamente a los hijos, en contra del otro, provocándole a estos, sentimientos negativos, como rechazo o distanciamiento hacia él; serán consideradas como atentados en contra del vínculo de los hijos, con el progenitor ausente, las siguientes conductas:

- I. Impedir que el otro progenitor ejerza el derecho de convivencia con sus hijos;
- II. Desvalorizar e insultar al otro progenitor en presencia de los niños y en ausencia del mismo;
- III. Ridiculizar los sentimientos de afecto de los niños hacia el otro progenitor;
- IV. Provocar, promover o premiar las conductas despectivas y de rechazo hacia el otro progenitor;

²⁴ Véase CFEM, Consejería Jurídica del Poder Ejecutivo del Estado de Morelos.

V. Influenciar con mentiras o calumnias respecto de la figura del progenitor ausente, insinuando o afirmando al o los menores abiertamente, que pretende dañarlos;

VI. Presentar falsas alegaciones de abuso en los juzgados para separar a los niños del otro progenitor y;

VII. Cambiar de domicilio, con el único fin de impedir, obstruir, e incluso destruir la relación del progenitor ausente con sus hijos. En cualquier momento en que se presentare el Síndrome de Alienación Parental por parte de alguno de los progenitores hacia los hijos, el Juez de lo Familiar, de oficio ordenará las medidas terapéuticas necesarias para los menores hijos, con la finalidad de restablecer la sana convivencia con ambos progenitores. Para estos efectos, ambos progenitores tendrán la obligación de colaborar en el cumplimiento de las medidas que sean determinadas, pudiendo el juez hacer uso de las medidas de apremio que establezca el presente Código para su cumplimiento”.

1.3.2 Evolución

Es importante destacar que el SAP aun es considerado en algunos Códigos de la República Mexicana; sin embargo, ha dejado de llamarse “Síndrome” para quedar solo como Alienación Parental, debido a que han existido contradicciones con la teoría de Gardner, quien utilizó por primera vez esa definición y se considera autor del concepto.

En este sentido, la figura de SAP ha generado gran controversia al considerar que reúne a otras ramas de conocimiento como la psicología y la psiquiatría. Y que desde luego no se puede considerar como un síndrome ya que ‘el término “síndrome” se refiere a un “conjunto síntomas que son característicos de una enfermedad”[v]; si revisamos la *Clasificación*

internacional de enfermedades (ICD-10) que funge como la herramienta estándar de diagnóstico para gestiones de salud y fines clínicos[vi], así como el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-V), a cargo de la Asociación Americana de Psiquiatría (*American Psychiatric Association*)[vii], encontramos que ambos instrumentos no reconocen al SAP como una enfermedad o trastorno. Asimismo, *Diccionario médico unificado*[viii], documento auspiciado por la Unión Médica Árabe que incorpora un registro de síndromes en diversos idiomas y en su conjunto albergan un total de 1,886 definiciones de síndromes, tampoco reconoce la existencia del SAP en su listado²⁵.

Considero importante algunos puntos a destacar cuando se dice que una niña, niño o adolescente tienen “SAP o Alineación Parental” como son: a) El adoctrinamiento por lo general vienen del progenitor o personas con las que convive, y b) para evitar el adoctrinamiento o manipulación, lo conveniente es la separación física del niño, niña o adolescente del progenitor que lo manipula. Estos puntos resultan interesantes, ya que pueden ser considerados en atención al interés superior, para que tenga un sano desarrollo emocional y que sean detectados en las convivencias con los progenitores.

Por lo anterior, algunos juristas consideran que al no haber un reconocimiento científico ha quedado reducido a una cuestión social, que de ser utilizado y al tener consecuencias de derecho, debe ser manejado con cuidado. Sin embargo, es conveniente no perder de vista que aun y cuando no es un “síndrome”, recordemos que esta situación se da cuando existe un proceso de separación y/o divorcio en el que manipular la conciencia de los hijos con el objeto de impedir e incluso destruir lazos de afecto en contra de

²⁵ Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C. (CIDE), “*La Suprema Corte y el síndrome de alienación parental*”, junio 2017, Disponible en <https://acortar.link/c47ApR>, consultado el 12 de junio de 2021.

alguno de sus progenitores, también es considerado como un tipo de violencia y por consecuencia se ve violentado el interés superior de las niñas, niños o adolescentes en cuanto a tener una sana convivencia con su familia.

En razón de lo anterior, el *Código Civil para el Distrito Federal* ahora Ciudad de México por su acrónimo CCDF²⁶ no lo señala como “síndrome”, pero si a la conducta como un acto de violencia en su artículo 323 Quáter, el cual establece que “...la violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases: ... II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración autocognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona; ...”.

De igual forma la LGDNNA²⁷, en su artículo 83 nos dice que “Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, que substancien procedimientos de carácter jurisdiccional o administrativo o que realicen cualquier acto de autoridad en los que estén relacionados niñas, niños o adolescentes, de conformidad con su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez estarán obligadas a observar, cuando menos a: ... X. Mantener a niñas, niños o adolescentes apartados de los adultos que puedan influir en su comportamiento o estabilidad emocional, cuando así lo determine

²⁶ Véase artículo 323 Quáter del CCDF, ahora Ciudad de México. Disponible en www.ordenjuridico.gob.mx

²⁷ Véase artículo 83 de la LGDNNA. Disponible en www.diputados.gob.mx

la autoridad competente, antes y durante la realización de la audiencia o comparecencia respectiva;...”.

En este sentido para la presente investigación el SAP ahora *Alineación Parental*, se entenderá como un proceso que se da con mayor frecuencia en casos de separación o divorcio, en el que ya sea papá o mamá, manipulan de manera sutil o no a sus hijos, influenciado de manera negativa sus sentimientos hacia el padre no custodio o con el cual no convive mucho. Puede derivar en varios supuestos que van desde un mal comentario (chantaje emocional), hasta desarrollar una serie de reacciones negativas que lo pueden llevar a niveles elevados de angustia, inseguridad y miedo, de no saber qué hacer o estar confundido.

La finalidad de esta presión negativa en contra de los hijos es lograr que sientan odio hacia el padre o madre con el que no conviven a menudo, y por ende afectar o romper los lazos afectivos entre ellos. Sin embargo, al no tener un sustento científico, es un concepto que no es admitido para tomar una decisión en materia familiar.

Como se puede observar, no existen fórmulas generales, la manipulación parental existe y produce efectos negativos en la mente de las niñas, niños y adolescentes, por lo que se deberá velar por el tratamiento psicológico o psiquiátrico tanto del padre/madre como de los hijos, salvaguardando en todo momento el interés superior y buscar los motivos reales del rechazo hacia alguno de los progenitores, en el caso de detectar alguna circunstancia de esta naturaleza.

1.4 De la patria potestad

La patria potestad o *Patria Potestas*, tiene su origen en el Derecho Romano, como una institución originaria del derecho quiritorio civil de Roma, era un poder que tenía el padre o abuela casi ilimitado sobre el hijo.

Exclusivamente los ciudadanos, *quirites*²⁸, tuvieron el poder de fundar familias y, mediante su unión, la patria. Luego entonces, la familia romana es de uno: el *paterfamilias*. Y la patria potestad es un poder político de uno: el *paterfamilias*. La patria potestad romana es originariamente el poder político de los hombres libres, *potestas* que cierra el paso al gobierno de la cosa pública y de la familia a las mujeres ciudadanas.

En el contexto histórico y jurídico, señala Suárez Blázquez²⁹ que se debe situar en la tesis de Volterra, quien advirtió que, desde los primeros tiempos de Roma, la institución de la patria potestad se ligó, sin duda, a la ciudadanía nacional romana y al matrimonio, pues este siempre estuvo destinado a la fundación del grupo familiar. El clan familiar romano es una unidad jurídica autónoma (*ex iure Quiritium*) que es gobernada única y exclusivamente por el *paterfamilias*. Los hijos y las hijas, que nacen de justas nupcias, adquieren el título jurídico civil bien de *filius familias*, bien de

²⁸ La génesis de *quiritāre* latino, asociado desde antiguo al vocablo *Quirites* (los ciudadanos, en su aspecto civil y político), no sólo por el testimonio de Varrón, sino Tito Livio y otros autores emplean el vocablo con el sentido de llamar o invocar a los ciudadanos, ya para llamarlos gritando en socorro propio, ya para una convocatoria. El viejo vocablo Quirites es casi seguro una palabra sabina (los sabinos fueron el primer pueblo asociado a los romanos desde el s. VIII a.C.), vinculando al dios sabino *Quirinus* y a la colina de Roma llamada *Quirinalis* (ocupada desde antiguo por sabinos), hoy Quirinal, donde se halla Roma el enorme palacio de los s. XVI-XVII que hoy es sede de la presencia de la República Italiana. www.etimologias.dechile.net; fecha de consulta 14 de junio de 2021.

²⁹ Suárez Blázquez, Guillermo, “La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídico*, Sección Derecho Romano, XXXVI, Valparaíso, Chile, 2014, pp. 159-187, p. 162.

filiafamilias y quedan vinculados y unidos, en un régimen de filiación civil (*adgnatio*) al poder soberano del paterfamilias. De acuerdo con esta tesis, se puede afirmar que la familia romana arcaica es una institución jurídica del *vetus ius civile* que forma parte de la *civitas* como Estado. Esta familia arcaica quiritaria se ancla en el matrimonio y se cohesiona mediante la espina dorsal de la *patria potestas*. Ésta, a su vez, se conforma por tres nervios jurídicos civiles: patriarcal, patrilineal y político.

De igual forma Saldaña Pérez³⁰, nos dice que “la patria potestad es una institución jurídica de alto contenido social, tiene su origen en la procreación, surge por imperio de la ley, no por voluntad de las partes, es de orden público y tiene por objeto la protección de la persona y bienes de los hijos durante su minoridad” y que “la patria potestad es una institución encaminada a proteger los derechos de los menores, quienes por naturaleza se encuentran más vulnerables y requieren del cuidado y atención de sus progenitores, necesitan ser alimentados, educados, guiados y representados por sus padres”.

Este concepto aparece por la necesidad natural de proteger a todo ser humano que es menor de edad, por la razón natural de no valerse por sí mismo, además de resultar vulnerable en el entorno social, maltrato o abuso de mayores.

La *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, por su acrónimo SCJN³¹, nos da un concepto de patria potestad y nos dice que ‘Patria viene del latín *patrius, patria, patrium*, que refiere al padre, y *potestas*, que significa potestad. Desde el punto de vista gramatical, la palabra *padre* tiene entre sus acepciones las de “varón o macho que ha engendrado” y “cabeza de una

³⁰ Saldaña Pérez, Jesús, “*La patria potestad en la actualidad*”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 251.

³¹ Véase SCJN, “*Temas Selectos de Derecho Familiar 2, Patria Potestad*”, Primera edición, noviembre 2010, pp. 9-13.

descendencia, familia o pueblo”, mientras que por potestad se entiende “dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo’. Luego, la patria potestad puede concebirse, desde este enfoque, como poder o facultad conferida al varón que ha engendrado.

Por otra parte, cita distintas definiciones que se han propuesto como son:

Rafael de Pina³², la patria potestad se traduce en “el conjunto de las facultades, que supone también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación con las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria”.

Domínguez Martínez³³, señala que la patria potestad “puede considerarse como la institución de lo familiar a la que corresponde regular los derechos de(sic) los ascendientes tienen respecto de la persona y de los bienes de sus descendientes menores de edad, para poder dar cumplimiento accesiblemente a las obligaciones que su situación les impone”.

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez³⁴ la definen como “el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son

³² De Pina, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 15ª. Ed., México, Porrúa, 2010, vol. 1, p. 375.

³³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, México, Porrúa, 2008, p. 589.

³⁴ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, colección *Textos jurídicos universitarios*, México, Oxford University Press, 2008, p. 268.

menores, y para que los representen en tal periodo. Implica el derecho-obligación de alimentos, convivencia y educación (formación)”.

Ahora bien, conforme al análisis doctrinal, legal y jurisprudencial, y con apoyo en las consideraciones que de ellas se han formulado, la SCJN señala lo siguiente: “la patria potestad es el conjunto de derechos, facultades y obligaciones que, con base principalmente en la relación paterno-filial, la ley atribuye, entre otros, a los progenitores sobre la persona y bienes de los menores de edad no emancipados, a fin de que puedan cumplir satisfactoriamente los deberes de educación, asistencia y protección integral, en sus aspectos físico, moral y social, que tienen para ellos”.

El *Código Civil Federal*, por su acrónimo CCF menciona en su artículo 413 que “La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Por otra parte, el *Código Familiar para el Estado de Morelos*, en su artículo 220, señala quienes son los sujetos activos y pasivos de la patria potestad.

“La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los sujetos a ella.

La patria potestad se ejerce por el padre y la madre del menor no emancipado o del mayor incapacitado, y a falta o por imposibilidad de ambos por los abuelos paternos o maternos, debiendo tomar en cuenta el juzgador las circunstancias que más le favorezcan al menor, así como su opinión.

Su ejercicio tiene como contenido la protección integral del incapaz en sus aspectos físico, moral y social, e implica el deber de su guarda y educación...” Sic

De lo anterior, y una vez analizados los conceptos antes citados, para la presente investigación esta autora conceptualiza a la *patria potestad* como *el conjunto de obligaciones, derechos y facultades atribuidas al padre y a la madre, por razón del vínculo filial, para proteger, cuidar, educar y proporcionar los elementos necesarios para un sano desarrollo de manera integral a todas las niñas, niños y adolescentes, así como la representación de sus bienes o pertenencias, tomando en consideración su opinión en la medida de su capacidad progresiva.*

1.5 Guarda y Custodia

La palabra “guarda” tiene muchos significados, aunque la primera se refiere a la “persona que tiene a su cargo la conservación de algo, así como la acción de guardar o tutela”. Lo que se refiere a estar bajo la protección o defensa de alguien. Por otro lado, la palabra “custodia”, significa la primera acepción a la “acción y efecto de custodiar”. Así pues, ambas palabras, se refieren a una protección más diligente o cuidadosa³⁵.

La guarda y custodia de manera simple establece con quién va a convivir él o los hijos cuando se produce una separación o divorcio; los problemas vienen por lo general cuando no hay un acuerdo entre el padre y la madre, esta decisión puede depender de varios factores como pueden ser: no separar a los hermanos, cuestiones de apego, afectivas y emocionales, la cercanía con los abuelos, la disponibilidad de los padres, enfermedades de los padres o de los hijos, por mencionar algunas. También puede influir en la

³⁵ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. Disponible en <https://www.rae.es/>, consultada el 13 de junio de 2021.

decisión del juez la dedicación o cercanía que tengan los progenitores con los hijos, que nada tiene que ver con la igualdad de género, así como la opinión de él o los hijos atendiendo a su capacidad progresiva, es decir su edad y proceso de madurez.

Ahora bien, la guarda y custodia devienen de los derechos inherentes a la patria potestad, con la finalidad de proteger a las niñas, niños o adolescente; por tanto, los derechos y obligaciones recaen en la misma persona, es por ello que la SCJN señala que; “la guarda y custodia del menor, es un ejercicio y cumplimiento a las facultades inherentes a la patria potestad que conllevan a la convivencia del menor con quien detenta su ejercicio”³⁶. De igual forma menciona que la guarda y custodia, implica esencialmente “la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad, prerrogativa que no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades”³⁷.

En el artículo 283 del CCF³⁸, nos dice entre otras cosas que “la sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para

³⁶ Tesis, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vols. 205-216, Cuarta Parte, p. 144, Registro digital 240006.

³⁷ Tesis, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vols. 217-228, Cuarta parte, p. 133. Reg. IUS. 239,556.

³⁸ Véase artículo 283 del CCF. www.diputados.gob.mx

evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor...”.

De igual forma el concepto de guarda y custodia en el CCDF (ahora Ciudad de México), lo contempla en su artículo 414 BIS³⁹ en el que se estipula que “quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o

³⁹ El artículo 414 BIS nos dice textualmente lo siguiente: “Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de estas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas. Disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las obligaciones de crianza...”.

En este sentido, la guarda y custodia es un derecho y una obligación reconocida por la ley, establecida para los padres y decretada por algún juez civil o familiar, con la finalidad de mantener y garantizar el cuidado y desarrollo integral de los hijos, así como una convivencia sana y lo más constante posible.

Cuando se trata de un divorcio voluntario contencioso o del necesario, la guarda y custodia de los hijos se resuelve en el mismo juicio de divorcio. De igual manera cuando se trata de un divorcio uncausal, se puede resolver en el mismo juicio o si los padres se ponen de acuerdo sobre las condiciones del convenio el juez lo aprueba, o en juicio aparte, ya habiendo dictado la sentencia, en caso de que no exista acuerdo de los padres, el juez intervendrá en atención al interés superior de los hijos.

Ahora bien, en el supuesto de que los padres no vivan juntos y se deba conferir la guarda y custodia de los hijos que aún no han cumplido los 18 años de edad, Oliva Gómez nos da los siguientes supuestos: a) ejercicio de la guarda y custodia monoparental de hecho, con acuerdo expreso de ambos padres, o sin acuerdo entre ellos; b) ejercicio de la guarda y custodia monoparental de derecho, conferida por efectos de la resolución judicial emitida por el juez; y c) ejercicio de la guarda y custodia compartida: ⁴⁰

La guarda y custodia monoparental de hecho, establece que se presenta cuando una persona sin atribución de la ley, acuerdo expreso de los padres, ni determinación de autoridad judicial, por su decisión y en los hechos,

⁴⁰ Oliva Gómez, Eduardo, “*La Aplicación del Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes en el caso del Divorcio de sus progenitores*”. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana (Española)*, Núm. 13, agosto de 2020, pp. 162-193, p. 175.

la ejerce sobre sus hijos. En esta modalidad, la guarda y custodia es ejercida por uno solo de los progenitores ya sea por decisión unilateral o por acuerdo de voluntades en común de los padres. Precisando que el hecho de no tomar el parecer del otro no lleva implícito la oposición del otro.

La guarda y custodia monoparental de derecho, se da cuando los progenitores no logran acuerdos sobre el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, existiendo un conflicto de intereses entre los progenitores ya que ambos pretenden ejercerla. En este sentido al no llegar a un acuerdo, se requiere la intervención de un juez en el procedimiento judicial, para que una vez que se lleven a cabo las diligencias correspondientes, respetando en todo momento el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes al expresar su opinión, se emitirá una sentencia en la cual se determinará quién de los progenitores ejercerá la guarda y custodia de los hijos.

La guarda y custodia compartida, es aquella en que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos; esto implica que comparten derechos, obligaciones y responsabilidades como educación, formación, manutención y actividades relacionadas con la crianza de los hijos. Esta debe ser dictada por resolución judicial en igualdad de condiciones y acciones relativas. La guarda y custodia compartida tiene dos supuestos: a) con residencia de los hijos permaneciendo en mismo domicilio familiar, los padres deberán entrar y salir alternadamente (como se haya convenido judicialmente) del domicilio donde habitaban antes del divorcio, es decir, se convierte en el domicilio de sus hijos; y b) con cambio de residencia de los hijos, cada progenitor tiene su domicilio y sus hijos deberán cambiar según les corresponda bajos los cuidados que correspondan el domicilio de la madre o del padre, de acuerdo a lo establecido en convenio judicial.

Al hablar de guarda y custodia me parece importante la clasificación que tiene España, definiéndose de manera genérica como “aquella en la que

ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria, del cuidado, atención y educación de los hijos”.

En este sentido, España la clasifica de la siguiente manera:⁴¹

Custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores: es la forma de custodia más frecuente adoptada por los tribunales en los procesos en los que no hay mutuo acuerdo. Implica la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro.

Custodia repartida o alterna, en la que se permite a cada uno de los progenitores tener a los hijos durante un período del año, durante el cual ejerce plenos derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el período restante.

Custodia partida, en la que se atribuye la custodia de uno o varios de los hijos a un progenitor y el resto al otro.

Custodia conjunta o compartida, definida como la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos. El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con la disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc.

Variantes de la custodia compartida, dentro de la nomenclatura anglosajona, se distingue entre: ⁴²

⁴¹ Catalán Frías, M.^a José, *et. al.*, “La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. debate entre psicología y derecho”. *Anuario de Psicología Jurídica* 17, 2017, pp. 131-151, pp. 133 y 134.

⁴² *Ibíd.*, pp. 134 y 135.

Custodia compartida física que significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los períodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración. (Entendida muchas veces en los estudios como una distribución del tiempo de convivencia nunca inferior al 30-35% con uno de los padres). La división de los tiempos puede variar, (semanas, meses, etc.) y o bien ser el niño el que va cambiando de casa o los padres los que acuden al domicilio del niño por períodos. En estos casos son frecuentes los repartos al 50 %.

Custodia compartida legal, con la madre o con el padre como principal cuidador, con la libre relación de los menores con el otro progenitor, implicándose éste en las atenciones diarias de los hijos (llevarlos al colegio, comer con ellos, etc.) distribuyéndose el tiempo de manera similar a como se venía haciendo antes de la ruptura. Puede asimilarse este término al contenido que en España soporta a patria potestad, ya que conlleva que los padres compartan el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

Como se puede observar, muchos de los regímenes de visitas que se están acordando hoy en día en España, se dan con amplias estancias intersemanales en casa del progenitor no custodio, en otros países sería considerado como una verdadera Custodia Compartida.

Por otra parte, Argentina de acuerdo con el *Código Civil y Comercial* desde el año 2015⁴³, en su artículo 648, le denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores a la vida cotidiana del hijo. Cuando los padres conviven, ambos ejercen este “cuidado personal” o guarda, pero con el cese de la convivencia por cualquier causa, quedará a cargo de uno de los padres o por ambos como lo sostiene en su artículo posterior inmediato.

⁴³ Conceptos jurídicos: Guarda y Custodia. Disponible en <https://acortar.link/yhlxe8>, consultado el 27 de mayo de 2021.

Entonces, se refiere a que la regla general es la custodia compartida, y la excepción es el cuidado unilateral o monoparental por así decirlo, así el artículo 660 contempla “las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tiene valor económico, y constituyen un aporte a su manutención”.

Independientemente de quien ejerza la guarda y custodia de los hijos hay derechos y obligaciones que se deben cumplir por ambos progenitores, como lo señala González Reguera⁴⁴ que pueden ser “el disfrute de los hijos, la administración de sus bienes y la pensión alimenticia; y como obligaciones alimentarlos, educarlos, darles compañía y cariño”. El padre o madre que tenga la custodia debe facilitar el régimen de visitas, así como mantener informado al padre o madre de las decisiones o incidencias importantes que afecten a los hijos.

1.6 Régimen de Visitas y Convivencias

Ante la separación de los titulares de la patria potestad, se debe establecer un régimen de visitas y convivencias, esto es “las circunstancias en torno a las cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con los niños y cumplimentar sus obligaciones derivadas de la patria potestad, teniendo en cuenta que, para la determinación de dicho régimen no existen esquemas, fórmulas o soluciones de validez general...por tratarse de un tema enteramente casuístico y particular en la aplicación concreta”⁴⁵.

En este sentido, la SCJN nos dice que las visitas y convivencias son “una institución fundamental del derecho familiar en México, que tienen como

⁴⁴ González Reguera Elizabeth, “*Guarda y Custodia del Menor*”, *Panorama Internacional de Derecho de Familia*, Tomo I, UNAM, México, 2006, p. 190.

⁴⁵ Tesis I.5o.C.120 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2341.

finalidad regular, promover, evaluar, preservar y, en su caso, mejorar o reencausar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona a cuyo cargo se encuentre la custodia del menor, por tratarse de un derecho humano principalmente dirigido a él, aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo⁴⁶”.

De igual forma, destaca que su finalidad es “la búsqueda incesante del desarrollo pleno del menor por medio de la implementación o fortalecimiento de los lazos entre él y sus familiares, en los casos en que los vínculos afectivos se han resquebrajado, ya que bajo esas condiciones no son fáciles las relaciones humanas, por existir serias dificultades para verse y relacionarse normalmente. Ello trasciende a las relaciones sociales que alcanzan en los menores una dimensión aún mayor que la simplemente familiar, dado que actualmente se hace indispensable una concepción de relaciones humanas que comprometa otros núcleos sociales⁴⁷”.

Ahora bien, el CCF, establece en su artículo 283 que “...en todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor⁴⁸...”.

⁴⁶ Tesis I.5o.C. J/32 9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro IX, junio de 2012, Tomo 2, p. 698.

⁴⁷ Tesis I.5o.C. J/33 9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro IX, junio de 2012, Tomo 2, p. 699.

⁴⁸ Artículo 283: La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos

La LGDNNA, en su artículo 23, señala que “niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, en especial de niñas, niños y adolescentes⁴⁹...”.

progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Disponible en: www.diputados.gob.mx

⁴⁹ Artículo 23: “Niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, en especial de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, niñas, niños y adolescentes tienen derecho a convivir con sus familiares cuando éstos se encuentren privados de su libertad. Las autoridades

De lo anterior, trataremos de dar una respuesta a la pregunta citada en el título, ¿qué se entiende por régimen de visitas y convivencias? Es una obligación que deriva de la patria potestad cuando existe una separación y/o divorcio, en el que se establece un régimen de visitas y de convivencias entre los progenitores (padre o madre) con los hijos; con la finalidad de incentivar la sana convivencia a la cual tienen derechos las niñas, niños y adolescentes y que los lazos familiares, así como las relaciones no se vean afectados o rotos.

Ahora bien, ¿qué implica la visita o la convivencia? Implica que el padre o la madre que tiene la custodia del hijo pueda convivir con él de forma regular, generalmente son visitas en el domicilio donde habita la niña, niño o el adolescente, para que puedan llevarse y convivir, quien se compromete a regresarlo/a a la hora que se haya acordado. Si la autoridad jurisdiccional detecta alguna situación en las convivencias que puedan representar algún riesgo para el menor, será necesario que la convivencia se lleve a cabo en espacios especializados conocidos como Centros de Convivencia Familiar Supervisada, que dependen del Tribunal de Superior de Justicia de cada Estado al que corresponda, con la finalidad de que personal capacitado como psicólogos y trabajadores sociales observen la interacción entre padre/madre y sus hijos/hijas. En este sentido, es de suma importancia que el juez/a tome en cuenta la opinión del menor sobre las personas con las que convive y que en dado caso, se pueda tomar la mejor decisión en beneficio del interés superior del niño.

competentes en materia jurisdiccional y penitenciaria deberán garantizar este derecho y establecer las condiciones necesarias para que esta convivencia se realice en forma adecuada, conforme a las disposiciones aplicables. Este derecho sólo podrá ser restringido por resolución del órgano jurisdiccional competente, siempre y cuando no sea contrario a su interés superior". Disponible en: www.diputados.gob.mx. Consultado el 12 de junio de 2021.

¿Quiénes pueden solicitar el régimen de visitas? El régimen de visitas puede ser solicitado o acordado por ambos progenitores, con la finalidad de que quién no tenga la guarda y custodia de sus hijos/hijas, puedan convivir con ellos y dar continuidad a las relaciones familiares, siempre y cuando no afecte el sano desarrollo del menor. De no llegar a un acuerdo los padres, será el juez quien determine la forma en que se deben realizar.

Por su parte el *Reglamento Interior de Organización y Funcionamiento del Departamento de Orientación Familiar del H. Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial del Estado de Morelos*⁵⁰, estipula que se entenderá por Convivencia (s) Supervisada (s): “Convivencia familiar que se establece entre padre o madre, familiares ascendentes y colaterales hasta el cuarto grado o con quien le asista el derecho de convivencia y su (s) hijo o hijos ante la presencia y supervisión de una persona profesional, independiente y neutral, que forme parte del Departamento de Orientación Familiar que se desarrolla en sus instalaciones, cuyo objetivo es lograr un adecuado acercamiento entre padres e hijos por medio de convivencias familiares sanas, estableciendo los vínculos afectivos entre los menores y sus progenitores y con ello establecer un desarrollo pleno en la formación emocional de las familias, contribuyendo a fortalecer la unidad y continuidad familiar, construyendo espacios que favorezcan la resolución de conflictos y generen un contexto adecuado para la comunicación e interacción, elementos indispensables que deben prevalecer en el ámbito familiar y manejo adecuado de problemáticas socio-familiares”.

En este sentido, es importante comentar que este tipo de Centros de Convivencias, solo hay en Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Ciudad

⁵⁰ Véase artículo 2° del Reglamento Interior de Organización y Funcionamiento del Departamento de Orientación Familiar del H. Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial del Estado de Morelos. Publicado el 25 de mayo de 2011, en el periódico oficial 4891 “Tierra y Libertad”, p. 5.

de México, Estado de México, Hidalgo, Michoacán, Nuevo León y Morelos, que cuentan con órganos auxiliares similares de la Administración de Justicia Familiar, que dependen del Tribunal Superior de Justicia del Estado.

Luego entonces, el régimen de Visitas y Convivencias se da en el momento en que existe una separación y/o divorcio, como una obligación de la patria potestad, en que se establecen visitas y convivencias entre los padres con sus hijos, con la finalidad de mantener la relaciones afectivas como se venían dando antes de la separación, siendo este un derecho; cabe mencionar que se debe tomar en cuenta la opinión del menor, esto con la finalidad de evitar alguna situación en la que la niña, niño o adolescente puedan correr algún riesgo ya sea físico o emocional. Estas convivencias se pueden dar en el lugar donde habita la niña, niño o adolescente o en su caso en los Centros de Convivencia Familiar Supervisada.

1.7 Capacidad y autonomía progresiva

En cuanto a estos conceptos desde la CDN del 20 de noviembre de 1989, se reconoció como uno de los principios rectores en favor de las niñas, niños y adolescentes el “*principio de autonomía progresiva*” que prescribe el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación como una aptitud que va desplegando gradualmente a lo largo de la vida. En este sentido nos dice González Contró⁵¹ que “se debe conceder la facultad de decidir sobre los asuntos que conciernen al individuo en la medida en que va alcanzando cierto grado de madurez”. De igual forma refiere que se deben hacer distinciones entre las etapas de desarrollo en relación con los asuntos en que el individuo tiene capacidad para intervenir. Por decir, en un proceso de divorcio el niño

⁵¹ González Contró Mónica, “*La Reforma Constitucional Pendiente en Materia de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, Núm. 20, enero-junio 2009, pp. 230-253, p. 244.

puede decidir con cuál de los padres quiere convivir (padre, madre o ambos), otro ejemplo sería en el proceso de adopción a partir de la edad.

La aplicación de la autonomía progresiva debe de aplicarse como un derecho que tiene cada niña, niño o adolescente, sobre todo en los asuntos que le afectan de manera directa y que pueden involucrar decisiones que a lo largo de su vida pueden hacer una diferencia.

La capacidad de obrar de cada niña, niño y adolescente tiene que verse desde una dinámica de participación en las relaciones jurídicas, esto en función de su capacidad progresiva y la protección de sus derechos. Al valorar el criterio de madurez se debe tomar en cuenta las facultades y capacidades del niño; es decir, el niño debe comprender el alcance de sus actos.

Montejo J⁵², cita a Mesa Castillo y señala que la noción requiere el concurso de pedagogía, la psicología y las ciencias médicas en general porque hablar de capacidad progresiva es descubrir el epicentro de la democracia en la familia. De igual forma cita a Albaladejo al referirse a la capacidad de entendimiento como “aquellas condiciones psíquicas adecuadas para obrar válidamente”.

En este sentido concuerdo con los autores, se debe hacer un estudio más profundo en conjunto con otras especialidades y/o áreas vinculadas con el desarrollo físico, psíquico y emocional de las niñas, niños y adolescentes, para darnos cuenta de la capacidad de cada uno de ellos, debido a que lleva implícito diversas características como la edad, entorno social, desarrollo emocional y demás, cada uno evoluciona a un tiempo diferente y de igual

⁵² Montejó Rivero Jetzabel Mireya, “Menor de Edad y Capacidad de Ejercicio: Reto del Derecho Familiar Contemporáneo”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2, pp. 23-36 marzo 2012, p. 28, <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1036>

forma asimila la naturaleza de las circunstancias de manera distinta, es por ello que debe analizarse en lo individual y no tomar como parámetro una edad o una circunstancia para poder determinar su nivel de madurez.

La Primera Sala de la SCJN en el expediente 1674/2014⁵³, emitió un criterio que consideramos relevante en el Amparo Directo en Revisión sobre una Controversia de Orden Familiar: en cuanto al principio de *autonomía progresiva* de los menores, el cual señala que “la autonomía de los menores se ha descrito como un nuevo principio de interpretación del derecho internacional, según el cual, a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan su vida”. Así, al determinar el nivel de autonomía del menor y la viabilidad de sus decisiones, no es posible establecer edades fijas o condiciones preestablecidas, pues el proceso de madurez no es un proceso lineal y aplicable a todos los niños por igual.

Dicha evolución facultativa es progresiva en función de su edad, del medio social, económico y cultural en el cual se desarrollan los infantes, y de sus aptitudes particulares”. En este sentido para determinar la capacidad de las niñas, niños y adolescentes en la toma de decisiones sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales, como lo es la elección de convivir con sus padres en un proceso de divorcio, los juzgadores deben realizar una ponderación entre la evaluación de las características propias del menor (edad, nivel de maduración, medio social y cultural, etc.) y las particularidades

⁵³ Véase Amparo Directo en Revisión 1674/2014, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, Exp. Origen: D.C. 900/2013 relacionado con el D.C. 901/2013. Disponible en <https://acortar.link/L7NiP4>, consultado el 02 de junio de 2022.

de la decisión (tipo de derechos que implica, los riesgos que asumirá el menor, consecuencias a corto y largo plazo, entre otras) para poder tomar una mejor decisión, en atención al interés superior.

Por otra parte, Fernández Espinoza⁵⁴ hace referencia al *Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas*, máximo órgano de interpretación sobre los Derechos del Niño (Convención) a través de su *Observación General 12*, en donde los Estados Parte deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio. En este sentido, los Estados Parte deben evaluar la capacidad de toda niña, niño o adolescente para formarse una opinión; es decir, partir de la premisa de que un niño tiene la capacidad de formar sus propias ideas y opiniones, y que tiene derecho a expresarlas, por eso es necesario que reciba toda la información y el asesoramiento para tomar una decisión que favorezca al interés superior.

De igual forma, y de manera personal me parece interesante lo que señala la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Organización de los Estados Americanos*, sobre el derecho del niño a la familia (17 de octubre de 2013), la protección se fundamenta en “el reconocimiento de las condiciones especiales del niño quien, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas, a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social, depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos. Esta dependencia de los adultos, y su intensidad, se ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades del niño y grado de madurez. Así, para asegurar sus derechos más fundamentales los niños

⁵⁴ Fernández Espinoza William Homer, “*La Autonomía Progresiva del Niño y su Participación en el Proceso Judicial*”, *VOX JURIS*, Lima, Perú, 34 (2), 2017, pp. 171-189, pp. 171 y 172.

dependen directamente de los adultos para recibir la atención y los cuidados necesarios, en particular en las primeras etapas de su vida”.

En este sentido, concuerdo en parte con la opinión de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* por su acrónimo CIDH; sin embargo, de lo que se trata es que cada niña, niño y adolescente sea tratado como una persona, titular de derechos y que no se piense que, por su edad, no puede expresarse o que sus padres lo harán por él. En la medida que vaya creciendo y desarrollándose podrá expresar de manera clara sus opiniones y sentimientos, hay que apoyarlos sin llegar al grado de pensar por ellos.

El principio de autonomía progresiva del niño se desprende del artículo 5° de la CDN de 1989⁵⁵ estableciendo que, de acuerdo con la evolución de sus facultades, posibilitando a los padres o a la persona que esté a su cargo, impartir la dirección y orientación apropiada para que las niñas, niños y adolescentes puedan ejercer sus derechos. Los padres son una guía en su desarrollo, necesitamos de ellos, de su cariño y apoyo, y esta capacidad irá evolucionando conforme vayan creciendo, madurando y aprendiendo.

Los ajustes que realicen los padres deben irse modificando conforme al creciendo de las niñas, niños y adolescentes, y en los niveles de apoyo deben de tener en cuenta sus intereses y deseos, así como el respeto en la toma de sus decisiones y la comprensión que lo que constituye un derecho, protegiendo en todo momento su interés superior.

⁵⁵ Naciones Unidas, Convención de los Derechos del Niño, artículo 5 “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Nos dice Gómez de la Torre⁵⁶, citando a la CIDH que “el respeto al grado de desarrollo se basa en grandes diferencias como es el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen los niños. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual que la de un adolescente de 16 años; por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

Por tal motivo, es importante que se consideren las condiciones específicas de cada niña, niño o adolescente y que ante todo se respete su derecho a expresarse, proporcionándoles la información y las herramientas necesarias para hacerlo, cabe hacer mención que la autonomía progresiva no solo toma en cuenta sus derechos sino también sus obligaciones que van acompañadas del grado de madurez con el que cuenta.

La *Red de Jóvenes por los Derechos Sexuales y Reproductivos, A.C.*⁵⁷ señala que la autonomía progresiva “es un concepto que reconoce a las niñas, niños y adolescentes como personas sujetas de derechos, lo cual implica que todos sus derechos humanos deben ser reconocidos, respetados y garantizados, sin estar condicionados a su edad. Además, la autonomía progresiva define que tiene la capacidad de tomar decisiones y asumir responsabilidades de forma gradual, mientras van creciendo. En tanto aumenta esta capacidad, también debe aumentar su autonomía y con ello

⁵⁶ Gómez de la Torre Vargas Maricruz, “*Las implicaciones de considerar al niño sujeto de derechos*”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, Universidad de Chile, Chile, 2da época, año 14, Núm. 18, pp. 117-137, p. 120.

⁵⁷ *Cfr.* Red de Jóvenes por los Derechos Sexuales y Reproductivos, A.C. REDLAC México, <http://www.eligered.org/autonomia-progresiva/>. Consultado el 31 de mayo de 2021.

disminuir la protección de las instituciones del Estado. Esto significa que la responsabilidad del Estado es generar condiciones que posibiliten el ejercicio de sus derechos y no la simple prohibición o autorización de los mismos”.

Al respecto, se destaca el hecho de que cada niña, niño o adolescentes, es titular de derechos, sin importar su edad. Y que la autonomía progresiva se determina por la capacidad que tienen para asumir sus responsabilidades, derechos y obligaciones. Su capacidad dependerá de muchas variantes como la edad, el entorno social y económico, educación, familia, por mencionar algunos, de tal forma que la capacidad de cada niño debe ser evaluada en lo individual.

Para la presente investigación la capacidad y la autonomía progresiva van de la mano; es decir la *autonomía progresiva* es la capacidad que tiene toda niña, niño y adolescente para decidir e intervenir en los asuntos que le afectan como persona. *La capacidad* de cada uno de ellos depende de varios factores como son edad, educación, condiciones sociales y familiares etc. Por tal motivo, se debe partir de que las niñas, niños y adolescentes tiene la capacidad de formar sus propias ideas y opiniones, y de esta forma poder expresarlas.

Para llevar a cabo el disfrute de sus derechos en los primeros años de vida dependerán de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos, sin que esto signifique que siempre será así. En la medida que vayan creciendo y desarrollándose física e intelectualmente la experiencia y la información que poseen los niños, será transmitida de manera que no quede duda de lo que quiere transmitir y de sus necesidades.

De tal forma, que, al aumentar la capacidad, también aumenta su autonomía y con ello disminuye la protección del Estado; sin embargo, el Estado debe proteger y garantizar el ejercicio de sus derechos y no la simple

posibilidad de acceder a ellos, en atención a su interés superior, que está por encima de todo.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REGLAMENTACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMPARADO NACIONAL

SUMARIO

2.1 Legislación del Estado Libre y Soberano de Morelos; 2.2 Legislación de la Ciudad de México; 2.3 Legislación del Estado de Chiapas; 2.4 Legislación del Estado de Sinaloa; 2.5 Legislación del Estado de Sonora; 2.6 Legislación del Estado de Zacatecas; 2.7 Legislación del Estado de Hidalgo; 2.8 Legislación del Estado de Coahuila de Zaragoza

2.1 Legislación del Estado Libre y Soberano de Morelos

El artículo 222 del *Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos*⁵⁸ con la reforma del 10 de febrero de 2021, establece que “los hijos mayores de doce años decidirán cuál de sus progenitores ejercerá su custodia. Y en el caso de los menores de doce años, el juez de lo familiar una vez que preferentemente los haya escuchado y, procurando en todo momento salvaguardar el interés superior del niño, determinará cuál de los progenitores ejercerá la custodia...”.

Considero de manera personal, que esta reforma no logra llenar las lagunas sobre la custodia de los hijos; por ejemplo, en caso de que ambos padres quieran ejercer la custodia compartida no se señalan los mecanismos para llevarla a cabo, de igual forma si las partes no están de acuerdo y el juez la considera como una buena opción, también carecería de elementos para poder otorgarla. Aunado con el hecho de que siguen dejando al arbitrio de los padres la custodia de los hijos, toda vez que la edad para que puedan decidir

⁵⁸ Véase CFEM. Última reforma 14 de septiembre de 2021. Disponible en www.ordenjuridico.gob.mx, consultado el 09 de octubre de 2021.

con quién de los progenitores se quieren quedar será a los 12 años, y puede ser, que en la determinación tomen en cuenta su opinión.

Ahora bien, menciona que en el caso de menores de 12 años y priorizando el interés superior, el juez determinará quién de los progenitores deberá ejercer la custodia, pero se entiende que se refiere a la monoparental.

Como podemos notar el legislador una vez más hace reformas sin considerar las implicaciones que pueden tener. Trata de proteger el interés superior del menor; sin embargo, la posibilidad de que su opinión sea escuchada respecto de los asuntos que le afecten, no es considerada como un requisito indispensable para la determinación de su custodia.

Ahora bien, el artículo 223 también reformado en la misma fecha, establece lo siguiente, en la parte que nos interesa:

...Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los hijos e hijas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee, podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquéllos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo...

En este sentido, la reforma considera la posibilidad de decretar la custodia compartida, pero no dice ¿qué pasaría si los padres no están de acuerdo? No señala los mecanismos a seguir. De igual forma da pauta para que el progenitor no custodio pueda solicitar la custodia compartida, pero en este caso se entiende que sería a través de una demanda o ¿el juez podría decretarla de considerar que es la mejor opción? Es decir, existe oscuridad en los supuestos, sin tener certeza de que en verdad se está protegiendo el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, y que su opinión sea un requisito fundamental al momento de resolver la custodia.

Por otra parte, considero necesario hacer una precisión sobre reforma del 10 de febrero de 2021, publicada en el periódico oficial “Tierra y Libertad”⁵⁹, mediante la cual la Quincuagésima Cuarta Legislatura del Congreso del Estado Libre y Soberano de Morelos, a través de la Diputada Ana Cristina Guevara Ramírez, Coordinadora del Grupo Parlamentario del Partido Movimiento Ciudadano, presentó la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 222 y 223 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

En el apartado IV Valoración de la Iniciativa, señala lo siguiente: “*De acuerdo al Instituto Nacional de las Mujeres, la Igualdad de Género es un principio constitucional que estipula que hombres y mujeres son iguales ante la Ley, lo que significa que todas las personas, sin distingo alguno tenemos los mismos derechos frente al estado y la sociedad en su conjunto. 1 Al respecto, con fecha 10 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual evidencia el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas...*” Sic

Sin embargo, la reforma por la que se modifica el artículo 1º de la CPEUM, es del 10 de junio de 2011⁶⁰, no así del 10 de junio de 2008. En donde se realizan algunas modificaciones entre ellas el término de *individuo por el de*

⁵⁹ El Periódico Oficial “Tierra y Libertad” es elaborado en los Talleres de Impresión de la Coordinación del Sistema Penitenciario de la Comisión Estatal de Seguridad. 6ª. Época, 5914. Consultado el 09 de octubre de 2021 en <https://periodico.morelos.gob.mx/ejemplares>

⁶⁰ Reforma Constitucional por decreto. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx>, consultado el 09 de octubre de 2021.

persona, incorpora el *reconocimiento y goce de los derechos humanos* recogidos en tratados internacionales reconocidos por México, las garantías para su protección, queda prohibida toda discriminación, así como cualquier otra que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por lo anterior, podemos decir que en el caso de Morelos se contempla la figura de la custodia compartida mediante la cual ambos progenitores ejercerán el resguardo y protección de los hijos, pero no es requisito indispensable la escucha de ellos para que el juez pueda tomar una decisión, sin dejar de mencionar que tampoco se faculta al juez para poder otorgarla en caso de sea lo más conveniente para las niñas, niños y adolescentes en atención al interés superior, aún y cuando las partes no estén de acuerdo. Lo que conlleva a un ejercicio limitado respecto de la aplicación de la custodia compartida y a la protección del interés superior.

2.2 Legislación de la Ciudad de México

El *Código Civil para el Distrito Federal* ahora Ciudad de México como entidad federativa, surge como consecuencia de que en 1926 el Congreso de la Unión autorizó al titular del poder Ejecutivo para reformar, entre otros ordenamientos al Código Civil del Distrito Federal del 31 de marzo de 1884, tal autorización fue prorrogada en dos ocasiones, en 1927 y en 1928, en ese entonces el presidente de los Estados Unidos Mexicanos era Plutarco Elías Calles⁶¹.

⁶¹ Jiménez García Joel, “Código Civil para el Distrito Federal de 1928”. *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año II, núm. 5, mayo-agosto, 2003, pp. 23 y 26.

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx>

El Código Civil se publica por dos secciones para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

Posteriormente con la Reforma en el Diario Oficial de la Federación de 23 de diciembre de 1974, cambió su denominación por la de Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República Mexicana.

Ahora bien, para entrar al tema que nos ocupa, es importante reflexionar sobre el hecho de que se ha registrado un alto índice de divorcios en la Ciudad de México, y por consiguiente las controversias del orden familiar han ido en aumento. La separación de los cónyuges y el divorcio han provocado diversos fenómenos psicosociales tanto en las parejas como en los hijos.

Por lo que, la guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes al convertirse en una disputa, se contempla en el artículo 282 del Código Civil del Distrito Federal⁶², en donde se establece que desde que se presente la demanda del orden familiar o la solicitud del divorcio y mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio que no se llegue a concluir en convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto no se dicte sentencia interlocutoria que resuelva la situación de acuerdo a las siguientes:

- A. De oficio...
- B. Una vez que contestada la solicitud:

⁶² Véase CCDF. Última reforma publicada en la G.O.C.D.M.X. el 02 de marzo de 2021. Disponible en www.ordenjuridico.gob.mx, consultado el 24 de septiembre de 2021.

II.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos;

Como podemos observar en sentido general nos dice que los menores de 12 años deberán permanecer al cuidado de la madre, lo cual resulta una situación poco ideal en los tiempos de hoy, ya que como consecuencia de la equidad de género, se busca la igualdad en cuanto a las obligaciones y el equilibrio de responsabilidades con ellos; así como las satisfacción de sus necesidades; lo conveniente es tomar en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes en los asuntos que le afectan, atendiendo al interés superior.

Ya que al final del juicio será emitida una resolución en la que uno de los padres tendrá la custodia de la niña, niño o adolescente y el otro podría ser excluido; sin que eso implique que quién no la tenga debe continuar con las obligaciones derivadas de la ley para con sus hijos.

La SCJN en su Tesis Aislada VII/2011⁶³, interpreta el artículo 4 de la CPEUM, en el sentido de que *el interés superior del menor* debe ser criterio

⁶³ Tesis Aislada 9ª. VII/2011, Época, 1ª. Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, febrero de 2011, p. 615, Registro digital 162808.

rector para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida, y acorde con ello, la responsabilidad es por igual para el padre y la madre de satisfacer sus necesidades y la consecución de su desarrollo integral, pues es en el mejor interés del menor que ambos se responsabilicen en igual medida. Consecuentemente, si los hombres y mujeres son iguales ante la ley, y en específico, respecto del cuidado y protección de sus hijos, ambos son responsables de velar por el interés superior.

En este sentido y con la finalidad de poner ante todo el interés superior de las niñas, niños y adolescentes; el artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal señala que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores, todo lo relativo a los deberes inherentes a la patria potestad, a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y la convivencia con ambos progenitores; de igual forma menciona en su parte final que el Juez se allega de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores. Sin embargo, no se establece el procedimiento para la escucha de las niñas, niños y adolescentes.

La escucha de las niñas, niños o adolescentes, es y debe ser uno de los principios fundamentales, ya que su opinión en los temas que le afectan de manera directa o indirecta como lo es su custodia, sus padres, su familia etc., es primordial antes de dictar una resolución; tal y como se establece en el artículo 12 de la CDN⁶⁴, que entre otras cosas señala que “se debe garantizar que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio y el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, en función

⁶⁴ Véase CDN, Comité Español, junio 2006, pp. 13 y 14. Disponible en www.unicef.es

de su edad, y madurez”, como respeto a sus derechos, y de esta forma será respetado el interés superior.

En cuanto a la convivencia con ambos progenitores el artículo 283 Bis establece que:

En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.

Por tal motivo, considero que la figura de la guarda y custodia compartida no puede ser tomada a la ligera, y limitarse a un solo artículo sin más desarrollo de cómo debe proceder; ya que implica la posibilidad de convivir con ambos padres, con la finalidad de afianzar las relaciones afectivas que se tenían antes del divorcio o la separación. Tratando de que la nueva situación sea lo más amable posible para todos.

En este sentido el Título Octavo De la Patria Potestad, en su artículo 417 menciona que, en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente deberá oírse a los menores, a efecto de que sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido por un asistente de menores que para tal efecto se designe; sin embargo, no señala cuál sería el procedimiento para la escucha de la niña, niño o adolescente.

Finalmente, el artículo 417 Bis segundo párrafo, estipula que se podrán solicitar hasta dos entrevistas del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia, dar cumplimiento a los requerimientos, entendiendo que se refiere a la custodia monoparental.

Como podemos advertir, hoy en día la *custodia compartida* solo se puede dar mediante convenio celebrado entre los padres, solo en caso de no

haber convenio el Juez de lo Familiar deberá resolverá tomando en cuenta la opinión del menor, así como el interés superior. Sin embargo, se entiende que la opinión de las niñas, niños y adolescentes sólo se tomará en cuenta en caso de no haber acuerdo entre los padres, y por lo tanto el interés superior se ve vulnerado.

En este punto hablaremos del *Código de Procedimientos Civiles* para el Distrito Federal por su acrónimo CPCDF⁶⁵ mismo que en su artículo 941 estipula que:

El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros...En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento...

El artículo antes citado, se sigue refiriendo al desacuerdo que pueda existir entre los padres, así como a evitar una controversia, exhortándolos incluso a una justicia alternativa. Sin embargo, también hace referencia a la protección de la familia y, a la de los miembros que la integran, en especial tratándose de menores.

Por su parte el artículo 941 Bis, señala que:

⁶⁵ Véase CPCDF. Última reforma 05 de mayo de 2016. Disponible en www.ordenjuridico.gob.mx. Consultado el 28 de septiembre de 2021

Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

En la sesión donde sean escuchados los menores, a criterio del juez, podrán ser asistidos por el Agente del Ministerio Público de la adscripción y por el asistente de menores correspondiente adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo, y no realizará manifestaciones dentro de la audiencia correspondiente, limitándose a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 417 bis.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez

El Juez de lo Familiar valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor...

En la misma tesitura, se advierte que la participación de las niñas, niños y adolescentes se restringe a la existencia de un desacuerdo entre los padres,

mencionado que a criterio del juez podrán ser asistidos por el Agente del Ministerio Público.

Ante esta situación, es importante reflexionar y darnos cuenta de que se sigue optando por la custodia monoparental, no por la compartida, y que la opinión y participación de las niñas, niños y adolescentes se ve limitado a la existencia de conflictos y desacuerdos de sus padres o de quien tenga su custodia.

Dentro de este Código encontramos también el Juicio Oral en Materia Familiar en su artículo 1029, en que establece que la escucha de las niñas, niños y adolescentes se llevará a cabo sólo en caso de rebeldía por desacuerdo de las partes, en que el Juez señalará diligencia privada para que se escuche al menor ante el Ministerio Público, sin la presencia de las partes, en las que podrá comparecer el asistente de menores, quien será profesional en psicología, pedagogía o trabajo social, para facilitar la libre comunicación, espontánea y procurar protección psicoemocional al menor. Se contará con una sala especial para escuchar a las niñas, niños y adolescentes, que permita el desenvolvimiento adecuado.

Se destaca el hecho de que la escucha de las niñas, niños y adolescentes se ve nuevamente limitada a la rebeldía de las partes, de igual forma señala que el Tribunal contará con una sala especial para su escucha; sin, embargo no dice qué tipo de sala será, ni los mecanismos o herramientas para facilitar el desenvolvimiento de las partes.

Desde un punto de vista personal considero que, aún y cuando exista un lugar especial, la niña, niño o adolescente no sentirán la confianza o se sentirá intimidado al ver gente extraña, lo que dificultaría la comunicación; lo conveniente sería que personal capacitado los apoye en el desarrollo de la diligencia, y de ser conveniente una persona de su confianza.

A manera de resumen, en la Ciudad de México se contempla la *custodia compartida* en la solicitud de divorcio o cuando se tenga que resolver la custodia y convivencia de los hijos, siempre y cuando sea mediante convenio entre los padres. Y solo en caso de desacuerdo, el Juez de los Familiar resolverá lo conducente tomando en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes.

De igual forma, sí durante las convivencias o cambio de guarda y custodia, existiera alguna controversia, se deberá oír a los menores independientemente de su edad asistido por un asistente designado.

2.3 Legislación del Estado de Chiapas

El *Código Civil del Estado de Chiapas* por su acrónimo CCEC⁶⁶ en el Capítulo IX De los matrimonios nulos e ilícitos, en su artículo 255 establece que cuando la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos mayores de siete años, y en caso de no existir acuerdo el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso.

Como podemos observar, la custodia se decide por un acuerdo entre los padres, y de no ser así el juez resolverá lo que considere conveniente para las niñas, niños y adolescentes, pero no dice que se tomará en cuenta su opinión para la determinación.

En su artículo 256, señala que los hijos menores de siete años, aun en los casos de divorcio o de otras acciones, se mantendrán al cuidado de la madre, salvo pacto en contrario, debiendo tomar en cuenta la opinión de la niña o niño de formarse su propio juicio, prevaleciendo el interés superior.

⁶⁶ Véase CCEC. Última reforma 23 de enero de 2019. Disponible en www.ordenjuridico.gob.mx, consultado el 04 de octubre de 2021.

El artículo antes citado, puede ser un tanto discriminatorio al conceder la custodia de manera directa a la madre cuando los hijos sean menores a siete años, es decir, antes de esa edad no necesitan el cariño y cuidado de su padre. Y llama la atención, que con la minoría de edad la opinión de la niña o del niño, es tomada en cuenta.

Ahora en el artículo 256 Bis, dice que el juez en todo tiempo y momento sea cual fuere la acción ejercida, podrá modificar con causa justificada las determinaciones que haya tomado en relación a la custodia de los hijos.

Del párrafo anterior, se rescata el hecho de que el juez podrá en todo tiempo y todo momento modificar con causa justificada la determinación de la custodia de los hijos; sin embargo, se infiere que alguien debe promover una demanda, sin que se menciona el procedimiento en este caso.

Por otra parte, el Título Octavo De la Patria Potestad, en su artículo 408, menciona que:

La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda, educación y bienes de los hijos, y a las modalidades que le imprimen las leyes aplicables.

En este sentido, recordemos que la *patria potestad* es una facultad atribuida al padre y a la madre, por razón de su vínculo filial, para cuidar, proteger, educar y proporcionar los elementos necesarios para el sano desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, incluyendo su custodia.

Sobre el tema que nos ocupa, el artículo 412, estipula lo siguiente:

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de las niñas, niños o adolescentes. Pudiendo designar a una persona, ser uno de ellos o de manera compartida, en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente

tomando en cuenta la opinión del o de los hijos que estén en condiciones de formarse un juicio propio y oyendo al ministerio público.

En este supuesto, con base en el interés superior del niño, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con su hijo, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Por cuanto al primer párrafo del artículo, señala que la custodia compartida será por convenio de los padres, y en caso de desacuerdo el juez resolverá lo conducente tomando en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes; lo que no queda claro es como se determinará que los hijos estén en condiciones de formarse un juicio propio. ¿O será conforme a la opinión del Ministerio Público que los asista?

En el segundo párrafo, parece que se refiere a la custodia monoparental, pero también podrían ser las condiciones para proponer el convenio de custodia compartida; es decir, no hay claridad en el texto.

De modo que, la custodia de los hijos en el Estado de Chiapas antes de los siete años en el caso de divorcio o separación quedará al cuidado de la madre. Posterior a los siete años los padres podrán compartir su custodia mediante acuerdo entre ellos, de lo contrario el Juez resolverá a su criterio debiendo tomar en cuenta la opinión de las niñas, niños o adolescentes de los que estén en posibilidad de formarse su propio juicio. Sin embargo, es importante que se considere que la capacidad de cada niña, niño o adolescentes es distinta, se debe partir de que cada uno de ellos se puede formar un criterio propio, sin importar la edad que tenga, ya que podría ser un elemento subjetivo con base a su experiencia vivida.

2.4 Legislación del Estado de Sinaloa

El *Código Familiar para el Estado de Sinaloa* por su acrónimo CFES en su Capítulo II. Del Divorcio artículo 182⁶⁷, estipula entre otras cosas que los cónyuges que deseen promover el juicio de divorcio deberán acompañar a su solicitud la propuesta del convenio, la designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, así como las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga la guarda y custodia ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Lo que se puede advertir de este artículo es que el tipo de guarda y custodia va encaminada a que sea monoparental, y es en ese momento donde debería tomarse en cuenta los intereses de la niña, niño o adolescente para formulación del convenio como actor principal.

Por otra parte, artículo 187 del CFES, establece que, solo habiendo desacuerdo entre los padres, el juez es quien resolverá, tomando en cuenta la opinión del menor de edad. En este sentido, si los padres optan por la custodia monoparental o por la compartida ¿no se tomará en cuenta la opinión del o los hijos?

Este artículo se puede interpretar como discriminatorio, debido a que los padres no tienen la custodia de los hijos menores de doce años, y de determinarse una custodia monoparental deberán permanecer con la madre. Y entonces ¿dónde queda la protección del interés superior, la igualdad, la opinión y los derechos de las niñas, niños y adolescentes?

El artículo 189, señala que:

⁶⁷ Véase CFES. Última reforma 24 de mayo de 2017. Disponible en www.ordenjuridico.gob.mx, consultado el 11 de octubre de 2021.

“En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 187 de este Código, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos”.

Es importante que el juez garantice que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza; sin embargo, no se menciona como será en el procedimiento en caso de no cumplir con dichas obligaciones.

El artículo 351, establece que en caso de separación de los que ejerzan la patria potestad, deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente lo relativo a la guarda y custodia de los menores. Y en caso de desacuerdo, el juez resolverá lo conducente escuchando al Ministerio Público. En ese supuesto y con base al interés superior del menor, quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos.

Me vuelvo a preguntar ¿dónde está el respeto a los derechos de las niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, en función de su edad, y madurez? Debido a que el juez resolverá lo conducente con lo que manifieste el Ministerio Público.

El *Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa* por su acrónimo CPFES, en su artículo 6⁶⁸, estipula lo siguiente:

... La niña o el niño es persona deliberante; es sujeto y no objeto, deberá tomarse en cuenta su opinión, sobre todo donde tenga que resolverse la patria potestad, guarda y custodia compartida, divorcio y

⁶⁸ Véase CPFES. Última reforma 22 de julio de 2019. Disponible en www.congresosinaloa.gob.mx, consultado el 11 de octubre de 2021.

contradicción de la paternidad y maternidad. El derecho de opinión mencionado deberá recabarse por conducto del personal especializado en Psicología de sede judicial o en defecto de éste, el que proporcione el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, debiendo estar presente el juez, Secretario de Acuerdos y Agente del Ministerio Público, levantándose acta circunstanciada que deberá ser resguardada en el secreto del Juzgado y a fin de proteger los derechos de la infancia, a no ser objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia y a no ser atacada en su honor.

Es muy interesante lo que se señala en este artículo, ya que reconoce a la niña o niño como persona deliberante, sujeto y no objeto, y que deberá tomarse en cuenta su opinión, sobre todo donde se tenga que resolver la patria potestad, guarda y custodia compartida, divorcio y contradicción de paternidad o maternidad. La opinión será recabada por conducto de personal especializado en Psicología en sede judicial o en defecto de éste, el que proporcione el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, debiendo estar presente el juez, Secretario de Acuerdos y Agente del Ministerio Público, levantando acta circunstanciada de lo que acontezca en la diligencia.

Sin embargo, dichas circunstancias no se ven reflejadas en los artículos relacionados con su guarda y custodia; además de que no especifica cómo se llevará a cabo el procedimiento para la escucha de las niñas, niños y adolescentes, es decir no hay certeza de que exista un verdadero respecto a sus derechos en atención al interés superior.

El artículo 18 en su último párrafo, no dice que, en los asuntos de divorcio judicial, custodia compartida, cesación de la cohabitación u otros, que a juicio de quien juzga representen desintegración familiar, será indispensable agotar los medios alternativos de solución de controversias.

Cabe destacar la importancia de los medios alternativos como son la mediación y la conciliación, que con apoyo de especialistas públicos y privados

podrán resolver las diferencias en los conflictos sobre la custodia compartida de manera pacífica y buscando la unión y bienestar familiar.

Por su parte el artículo 216, menciona que se tramitará a través del procedimiento oral, a excepción de los casos urgentes... “el establecimiento y modificación del régimen de custodia y de vinculación con los hijos e hijas, cuando no derive de la disolución del matrimonio o del concubinato, registrales...”.

Este artículo brinda celeridad con el procedimiento oral en los casos en que se pretenda modificar la guarda y custodia por alguna circunstancia, siempre y cuando no derive de la disolución del matrimonio o del concubinato registral.

De manera general en el Estado de Sinaloa, al momento de presentar la demanda, ya sea controversia del orden familiar o divorcio, se podrá compartir la custodia de los hijos mediante convenio entre los padres. De lo contrario, los menores de doce años quedarán al cuidado de la madre, o en su caso será el Juez quien resolverá tomando en consideración la opinión de la niña, niño o adolescente.

La diferencia con el Estado de Chiapas es la edad, con relación a las circunstancias se reconoce a la niña, niño y adolescente como titular de derechos, capaz de decidir sobre su guarda y custodia.

2.5 Legislación del Estado de Sonora

El *Código de Familia para el Estado de Sonora* por su acrónimo CFES⁶⁹, en su artículo 146 establece que los padres podrán pactar el tipo de custodia de los hijos, compartida o alternada, sin que quede claro a qué tipo de custodia se refiere con la alternada. De igual forma menciona que el juez se puede

⁶⁹ Véase CFES. Última reforma 14 de mayo de 2021. Disponible en www.congresoson.gob.mx, consultado el 14 de octubre de 2021.

oponer al divorcio cuando el convenio no permita una adecuada vinculación entre padres e hijos o que no se garanticen los alimentos o en su caso la custodia compartida cuando afecten los intereses de los hijos.

En este sentido, sí la finalidad es la adecuada comunicación entre padres e hijos, lo principal sería la opinión de estos para decidir qué tipo de custodia sería la más conveniente, cosa que no sucede.

Por otra parte, el artículo 185, establece lo siguiente:

Cuando ambos padres lo acuerden en el convenio de divorcio, o cuando uno de ellos lo solicite durante la tramitación del juicio o después de dictada la sentencia, el juzgador podrá otorgarles la custodia compartida que consiste en alternar la tenencia de los hijos por semestres o períodos iguales, siempre que se les garanticen condiciones equivalentes de vida, como radicar en la misma ciudad, en lugares equidistantes al centro escolar y las áreas de esparcimiento, habitación propia u otras similares.

En la custodia compartida cada progenitor puede ejercer temporalmente la custodia, absorbiendo todas las obligaciones derivadas del sostenimiento económico de los hijos durante los períodos de asignación, o cualquier otra modalidad acordada por los ascendientes o decretada por el juez, a fin de no causar perjuicios a los menores y compartir el cumplimiento de sus deberes.

Con relación a lo anterior, la custodia compartida será otorgada mediante convenio entre los padres en el juicio de divorcio, la cual se llevará a cabo alternando los periodos de los hijos de manera equitativa, siempre y cuando se garanticen las condiciones de vida, como radicar en la misma ciudad; es decir, circunstancias similares a las que venían realizando en su vida cotidiana.

De igual forma, nos dice que quien ejerza la custodia compartida temporalmente absorberá todas las obligaciones derivadas del sostenimiento económico de los hijos durante los periodos asignados. Este artículo trata de equilibrar las obligaciones y responsabilidades entre padres e hijos, lo cual me parece correcto para que pueda existir una igualdad en los roles.

El artículo 186, señala que en los casos que el juez lo juzgue conveniente y se trate de hijos mayores de doce años, la custodia exclusiva o compartida se decreta después de escucharlos con asistencia de psicólogos o trabajadores sociales cuando se considere necesario.

Por otra parte, es importante resaltar lo que señala la exposición de motivos del presente código:

“Se mantiene el principio de que, salvo casos excepcionales, la custodia de los hijos menores de siete años corresponde a la madre, cualquiera que sea el tipo y la causal de divorcio, no como una fórmula discriminatoria del hombre, sino como un reconocimiento a la dependencia psíquica y orgánica del menor respecto a su progenitora. Fuera de este caso, cuando ambos padres conserven la patria potestad, la asignación de los hijos como consecuencia necesaria del divorcio, no debe afectar los derechos del ascendiente no custodio a mantener con ellos una adecuada vinculación, por eso se permite, bajo ciertas condiciones, la custodia compartida que tan buenos resultados ha dado en otros países como una alternativa de convivencia y libertad para los padres, que repercute en beneficio de los hijos, porque prevista en la ley, los jueces no tendrán que hacer malabarismos jurídicos para concederla”.

Como se puede observar, hay una clara inclinación de la custodia hacia la madre, debido a que se considera que existe una dependencia psíquica y orgánica en los menores de siete años, y no como una acción discriminatoria hacia el hombre; estas circunstancias son subjetivas, debido a que la madurez

y capacidad de cada niña, niño o adolescente depende de diversos factores. Pero, por otra parte, señala que la custodia compartida tiene varios beneficios en la convivencia con sus padres, por lo tanto, sería conveniente que antes de dictar cualquier resolución poner en la balanza las circunstancias particulares, el interés superior y la capacidad progresiva de los hijos.

En este sentido, el razonamiento que se hace en la exposición de motivos es la siguiente:

“La utilidad práctica de este precepto que aclara expresamente la situación de los padres divorciados en relación a sus hijos, queda garantizada con la amenaza legislativa de que la violación sistemática de estas obligaciones, legitimaría al padre no custodio a solicitar la asignación de los hijos, aclarando que, en todo caso, los que sean mayores de doce años serán oídos por el juez con asistencia de psicólogos o trabajadores sociales y que en la sentencia se señalará esta circunstancia, debiendo apercibirse al que tenga la custodia, mediante notificación personalísima del fallo”.

La justificación a mi parecer es limitada, ya que no dice cuál es la razón de que los hijos que tengan doce años puedan opinar y los menores no. De igual forma, no se señala el procedimiento que se realiza en la entrevista para poder obtener la opinión y que sean escuchados por el juez.

Por tanto, tenemos que la CDN⁷⁰, establece en su artículo 3° con relación al interés superior del niño que “todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”. Es decir, todos los Estados Partes, tienen la obligación de asegurar la protección

⁷⁰ Véase CDN, Comité Español. Disponible en www.unicef.es, consultado el 19 de octubre de 2021, p. 10.

y cuidados necesarios para garantizar los derechos de cada niña, niño y adolescente, con la finalidad de que se atienda el interés superior, y que los padres, tutores, y el Estado, sean responsables de brindarles certeza jurídica y el respecto a sus derechos.

En cuanto al Estado de Sonora, la *custodia compartida* de los hijos será de común acuerdo, y cuando se trate de mayores de doce años, podrán ser escuchados con asistencia de un psicólogo; lo interesante es que sí el Juez considera que ésta puede afectar los intereses de las niñas, niños y adolescentes puede rechazar el convenio, y determinar lo que considere mejor para garantizar la adecuada vinculación entre padres e hijos, incluso el Ministerio Público se puede oponer a ello.

De igual forma, señala los periodos de convivencia y algunas circunstancias entre padres e hijos al momento de otorgarles la custodia compartida. Busca equilibrar el rol de cada padre en cuanto al sostenimiento económico y las obligaciones derivadas, lo que no ocurre en la legislación de los otros Estados.

2.6 Legislación del Estado de Zacatecas

El *Código Familiar del Estado de Zacatecas* por su acrónimo CFEZ⁷¹ en su artículo 234, establece que mientras se decreta el divorcio y al admitir la demanda, de oficio se dictaran algunas medidas provisionales, entre ellas el cuidado de los hijos en su fracción V, que de común acuerdo designen los cónyuges, o en caso de desacuerdo, el Juez con audiencia del otro cónyuge designara a la persona que crea más conveniente. En este sentido, sería conveniente saber las circunstancias que el Juez podría considerar para conceder la custodia de los hijos.

⁷¹ Véase CFEZ. Última reforma 11 de septiembre de 2021. Disponible en www.congresozac.gob.mx, consultado el 19 de octubre de 2021.

De igual forma en la fracción V, segundo párrafo, hace referencia a la custodia compartida, y establece que será otorgada para proteger el interés superior del niño, solamente cuando exista acuerdo entre los cónyuges. Presentando un plan de custodia compartida en el que especifiquen términos, condiciones, derechos de convivencia, el respeto a los horarios de alimentación, estudio, descanso y salud de los hijos.

Al respecto, suena prometedor el pronunciamiento; sin embargo, no se toma en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes como requisito indispensable para decretar la custodia compartida, sí lo que se pretende es proteger el interés superior, la medida se queda corta. En cuanto al plan de custodia que deben presentar, consideramos que la finalidad es el equilibrio de las responsabilidades entre padres e hijos, y que las condiciones de vida se mantengan lo más estable posible.

Ahora bien, en la fracción VI, señala que el Juez en la sentencia de divorcio decreta las obligaciones derivadas de la patria potestad que conservarán cada uno de los cónyuges, en este sentido podrá oír a los niños, por sí o por medio de un representante ya sea Ministerio Público, Consejo Estatal de los Derechos del Niño, a los cónyuges, y en caso de estimarlo necesario, a los abuelos, tíos o hermanos mayores, pudiendo además discrecionalmente acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para ellos.

Por lo tanto, consideramos que en cualquier circunstancia en la que se vean involucrados niñas, niños o adolescentes, se debe brindar un sentido humano para que puedan manifestar su opinión sin ser tan institucionalizado el procedimiento, explicarle y sobre que se sienta acompañado en el proceso.

La fracción VII, establece que los hijos quedarán bajo el régimen de custodia compartida, salvo que no convenga al interés superior del niño, el Juez en protección a sus derechos, podrá disponer lo que considere más beneficioso para ellos, tomando en cuenta lo dispuesto en la fracción que

precede y por la Ley Estatal de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes por su acrónimo LEDNNA.

La fracción antes mencionada es sumamente importante, ya que puede interpretarse que el régimen de custodia compartida puede ser dictado por el Juez salvo que no convenga al interés superior, y que podrá oír a las niñas, niños y adolescentes con la finalidad de resolver lo más conveniente para ellos. Aunque de acuerdo con la fracción V, segundo párrafo solo se decretara la custodia compartida cuando exista un acuerdo entre los cónyuges, siendo así el texto posterior debe señalar los supuestos bajos los cuales el Juez puede conocer la custodia compartida en caso de no existir acuerdo entre los padres.

De manera general en el Estado de Zacatecas, la *custodia compartida* de los hijos será de común acuerdo entre los cónyuges, presentando un plan de custodia en el que se señalen circunstancias como: convivencias, horarios de alimentación, estudio, descanso y condiciones de salud; siendo el Juez quien decidirá tomando en cuenta el interés superior, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio.

Como podemos observar, el artículo 234 en su fracción V, brinda una guía de lo mínimo que debe contener el convenio de custodia compartida para que pueda ser otorgada por el Juez de considerar que es lo más conveniente para los hijos. Sin embargo, no se establece una edad mínima o máxima para determinar alguna circunstancia, se puede entender que no importa la edad que tenga la niña, niño o adolescentes, la aplicación es general.

2.7 Legislación del Estado de Hidalgo

El artículo 109 de la *Ley para la Familia del Estado de Hidalgo* por su acrónimo LPFEH⁷², señala que la custodia puede estar a cargo de la madre o

⁷² Véase LPFEH. Última reforma 15 de mayo de 2019. Disponible en www.congreso-hidalgo.gob.mx, consultado el 20 de octubre de 2021.

del padre o en su caso de otra persona dependiendo de las circunstancias que considere el juzgador, que podrían ser la edad o alguna causa que ponga en riesgo su integridad física o mental. Sin embargo, no menciona las características que serán consideradas para poder otorgar la custodia de los hijos.

Por su parte el artículo 114, nos dice que:

Antes de proveer definitivamente sobre la custodia o la tutela de los hijos, el Juez Familiar considerando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, podrá acordar de oficio, o a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores de edad, o personas no unidas por vínculo de parentesco o el Ministerio Público cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, salvo las obligaciones de crianza.

En este artículo ya se establece que el Juez de lo Familiar, atendiendo el interés superior de las niñas, niños y adolescentes acordará de oficio, las medidas que considere necesarias para el desarrollo de los hijos menores o incapaces. Pero no menciona las circunstancias bajo las cuales podrá acordar de oficio o si en su caso la opinión de los hijos será primordial para poder acordar de manera definitiva la custodia. Se entendería que se refiere a la custodia monoparental.

Por lo que, en el Estado de Hidalgo, la custodia en general de los hijos quedara al cuidado de la madre o del padre o de cualquier persona que el Juez considere que es la más apta para su cuidado en relación con su edad, pudiendo ser acordada a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores de

edad, o personas no unidas por vínculo de parentesco o el Ministerio Público o cualquier medida que se considere necesaria para su desarrollo.

En este sentido, el límite bajo el cual se puede regir la voluntad del Juez de lo Familiar es con base en el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, siendo una circunstancia muy subjetiva por no decir amplia, al no especificar las razones por las cuales otorgaría la custodia, ni tampoco la edad de los hijos para que en todo caso pueda participar en el proceso.

2.8 Legislación del Estado de Coahuila de Zaragoza

El artículo 7 del *Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Coahuila de Zaragoza* por su acrónimo CPFECZ⁷³, nos dice que en todo proceso en materia familiar cuyo resultado trascienda a los derechos de niños y niñas, se deberá escuchar su opinión o recabar su consentimiento, cuando así lo ordene la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza por su acrónimo LPFCZ.

Por su parte al artículo 8, estipula lo siguiente:

Principio de autonomía progresiva e interés superior de los niños y niñas

El reconocimiento de la autonomía progresiva de niños y niñas, su interés superior y el de personas mayores de edad que requieran de asistencia o representación para el ejercicio de su capacidad jurídica, prevalecerán en la aplicación de las normas en materia familiar.

Este artículo nos habla de una participación activa de las niñas, niños y adolescentes y el apoyo que tendrán para la representación de su capacidad jurídica.

⁷³ Véase CPFECZ. Última reforma 18 de octubre de 2019. Disponible en www.congresocoahuila.gob.mx, consultado el 22 de octubre de 2021

El artículo 14, establece el apoyo que tendrán las niñas, niños y adolescentes que requieran asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica; sin embargo, no se menciona el procedimiento a seguir en cuanto a la aplicación de pruebas para medir su capacidad.

El uso de la tecnología hoy en día es primordial, de manera que lo establecido en el artículo 15, como lo es la utilización de herramientas tecnológicas especializadas que faciliten la participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos familiares, como protección a sus derechos humanos es un avance importante que puede aportar elementos adicionales al procedimiento. Aunque sería interesante saber qué tipo de mecanismos son los que incorporan para facilitar su participación.

Posteriormente el artículo 37 señala en su primer párrafo que en los asuntos relativos a la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y convivencias del niño o niña, y en aquellos que la o el juez estime prudente, siempre y cuando se haya dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 14 de este código, lo escuchará en diligencia privada, atendiendo a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, ante el Ministerio Público y la Procuraduría para Niños, Niñas y la Familia, sin la presencia de las partes o sus representantes. Corresponde a las personas que los tengan a su cuidado, presentarlos en las diligencias y audiencias respectivas.

En relación con la cuestión que nos señalan, es importante resaltar que la participación de las niñas, niños y adolescentes en los procedimientos familiares será de manera activa, por lo que es indispensable el respeto del interés superior y la manifestación de su voluntad, ya sea con apoyo o no de las autoridades mencionadas y en cómo se llevarán a cabo este tipo de diligencias para que sientan la confianza de expresarse.

En cuanto a las audiencias para los niños y niñas el artículo 38 menciona que quienes deban intervenir en las audiencias serán asistidos por un profesional en psicología o trabajo social, para facilitar la comunicación

libre, espontánea y proporcionarle protección psicoemocional. De igual forma estarán asistidos por un tutor o tutriz previamente designado, pero no menciona cómo será este procedimiento para su elección.

La niña, niño o adolescente que debe realizar interrogatorio procederá conforme al artículo 39 que a la letra dice:

Interrogatorio a los niños y a las niñas. El niño o niña, sin necesidad de rendir protesta debe conducirse con verdad, será interrogado por la o el juez o por medio de personal especializado, quienes le formularán las preguntas de las partes, sin la presencia de éstas. De forma excepcional y si conforme a la prueba de capacidad a que se refiere el artículo 14, por su desarrollo cognoscitivo y grado de madurez se estime que ello no afectará al niño o niña, la o el juez podrá autorizar su interrogatorio directo.

Al instante, puede sonar dura la palabra interrogatorio, pero considero de manera personal que más bien se refiere a una serie de preguntas a manera de conversación con la finalidad de obtener su sentir en torno al asunto. Qué, si bien no será considerada como una prueba lo manifestado por las niñas, niños o adolescentes, sí se debe considerar al momento que resolver.

El artículo 5 de la *LPFCZ*⁷⁴, establece lo siguiente:

Las personas menores de dieciocho años de edad son sujetos y titulares de derechos inalienables e inherentes al ser humano, y serán consideradas como niñas o niños, según corresponda a su género y madurez. Las niñas y niños tienen derecho a ser escuchados en los asuntos de su interés en los procesos administrativos, judiciales y de

⁷⁴ Véase *LPFCZ*. Última reforma 27 de noviembre de 2020. Disponible en www.congresocoahuila.gob.mx, consultado el 22 de octubre de 2021.

procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

Este artículo es muy interesante, ya que nos habla que los menores serán todos aquellos que tengan menos de dieciocho años, quienes son sujetos y titulares de derechos inherentes al ser humano. Tienen derecho a ser escuchados en los asuntos de su interés, en los procesos administrativos, judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez. Es decir, su opinión será indispensable en los asuntos que les afecten.

De igual forma, el artículo 12 en su fracción I establece que las niñas o niños menores de dieciocho años, pero mayores de doce años, serán responsabilidad de quien o quienes desempeñen su patria potestad o tutela.

El artículo 227 señala que la custodia será definida en la sentencia de nulidad y los padres propondrán la forma y términos del cuidado de los hijos, así como su custodia, en todo caso el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso; sin que se mencione lo que será tomado en consideración al momento de emitir la resolución.

En el artículo 244, fracción I, se establece que la resolución de divorcio deberá contener la situación de los hijos menores de edad o mayores que requieran de asistencia o representación para el ejercicio de su capacidad jurídica, así como los derechos inherentes a la guarda y custodia, las obligaciones de crianza y el derecho de convivir con ambos padres y familias, atendiendo en todo momento el interés superior, la aptitud física y emocional de los padres, así como el efecto de oírse unos a otros.

En este sentido, se entiende por capacidad jurídica según los artículos 32, 33 y 34 del *Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza* por su

acrónimo CCECZ⁷⁵ como el elemento esencial de la personalidad, el goce y el ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Y la capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercitar derechos y cumplir obligaciones, por sí o a través de representante.

En el caso del Estado de Coahuila, se habla más de la participación que tengan las niñas, niños y adolescentes en los procesos familiares cuyos resultados trasciendan en ellos, tomando en consideración el principio de autonomía progresiva y el de interés superior.

Y en cuanto a la su custodia, sí el Juez lo considera prudente escuchara a los hijos en audiencia privada, considerando las circunstancias particulares de cada caso. Sin embargo, se logra entender que la opinión de los hijos es importante a la hora de que el juez resuelva sobre su custodia, sin que exista pronunciamiento que se decante por algún tipo de custodia, sino que serán los padres quienes propondrán la forma, términos y custodia, resolviendo el Juez a su criterio.

Por otra parte y para cerrar este tema, consideramos que la custodia compartida, debe ser tomada con mayor importancia, debido a los beneficios que puede traer, como son la unión entre padres e hijos, la familia, el equilibrio de roles entre los padres, la igualdad de condiciones para la crianza, la cercanía, la presencia constante, los beneficios emocionales, pero sobre todo el cambio radical de pensamiento que debe tener la sociedad para poderla llevar a cabo de manera responsable y comprometida, así como la madurez que deben tener para la convivencia continua y el respeto entre padres e hijos.

La tabla siguiente es un resumen de las legislaciones nacionales analizadas para la mejor comprensión de la custodia compartida:

⁷⁵ Véase CCECZ. Disponible en www.congresocoahuila.gob.mx, consultado el 21 de octubre de 2021.

Estado	Artículos	¿Existe custodia compartida?	¿Quién solicita la custodia compartida?	Edad de Niñas, Niños y Adolescentes para decidir sobre su custodia	Intervención del Juez
Morelos	222 y 223 Código Familiar.	Sí	Ambos padres mediante convenio.	12 años	El juez de lo familiar una vez que preferentemente los haya escuchado, determinará su custodia.
Ciudad de México	282, 283 y 283 BIS Código Civil.	Sí	Ambos padres mediante convenio.	Los menores de 12 años deberán permanecer al cuidado de la madre.	El Juez se allega de los elementos, debiendo escuchar al Ministerio Público, a los padres y a los menores.
Chiapas	255, 256, 256 BIS y 412 Código Civil	Sí	Ambos padres mediante convenio.	Los menores de 7 años se quedan al cuidado de la madre En los mayores de 7 años, los padres propondrán la forma y términos de su custodia.	El juez en todo tiempo y momento podrá modificar con causa justificada las determinaciones que haya tomado.
Sinaloa	182, 187 y 189 Código Civil	Sí	Ambos padres mediante convenio.	Los menores de 12 años deberán quedar al cuidado de la madre.	En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida, el Juez deberá garantizar que cumplan con las obligaciones de crianza.
	6 Código de Procedimientos Familiares				
Sonora	146 y 185 Código de Familia.	Sí	Ambos padres mediante convenio.	En los hijos mayores de 12 años la custodia exclusiva o	El Juez o el Ministerio Público pueden rechazar el

				compartida se otorga después de escucharlos con asistencia de psicólogos. En el caso de hijos menores de 7 años, quedarán bajo la custodia de la madre.	convenio si no permite una adecuada vinculación entre padres e hijos o que no puedan garantizar sus alimentos.
Zacatecas	234 Código Familiar	Sí	Ambos padres mediante convenio.	No se establece edad.	El Juez podrá disponer de lo que considere más beneficioso para ellos.
Hidalgo	109 Ley para la Familia	No		No se establecen edades.	El Juez considerando el interés superior, podrá acordar la custodia de oficio o a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores de edad o personas unidas por vínculo de parentesco o el Ministerio Público.
Coahuila	7 y 14 del Código de Procedimientos Familiares	No		No se establecen edades.	
	12 de la Ley para la Familia	No	Las niñas o niños menores de 18 años, pero mayores de 12, serán responsables de quien desempeña su patria potestad.	12 y 18 años	La custodia será definida por los padres y el Juez resolverá.

Tabla 1. Fuente: Elaboración propia con base en las Legislaciones Estatales de Morelos, Ciudad de México, Chiapas, Sinaloa, Sonora, Zacatecas, Hidalgo y Coahuila.

Como se señaló en párrafos anteriores, la igualdad entre los padres y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, son parte fundamental al momento de decidir sobre la custodia de los hijos. En este sentido, es

importante señalar la Iniciativa de reforma al artículo 282, fracción IV del CCF, presentada por la Senadora Claudia Esther Balderas Espinoza, integrante del Grupo Parlamentario del partido Movimiento de Regeneración Nacional con fecha 11 de febrero de 2022, la cual se encuentra turnada para su aprobación en la Cámara de Diputados⁷⁶.

En la exposición de motivos refiere que:

“...cuando se alega una violación al principio de igualdad, es necesario llevar a cabo, un juicio de igualdad mediante la equiparación de supuestos de hecho que permitan verificar si existe o no un trato injustificado, posteriormente al verificarse el tratamiento desigual, y sí este resulta constitucionalmente válido mediante un análisis de proporcionalidad. Así como el principio constitucional del interés superior del menor, que implica que los intereses y derechos de niñas, niños y adolescentes primen y prevalezcan frente a los demás con los que pudieran estar en colisión de modo que se debe garantizar en todo momento el bienestar general de los menores...es importante garantizar si la guarda y custodia provisional de los niños menores de siete años y quedar a cargo de su madre...

Sin embargo, al legislar esta norma no consideró que podía ser contraria al derecho humano de igualdad y no discriminación, pues no existen razonamientos fundados para hacer una distinción entre hombres y mujeres al determinarse la guarda y custodia a favor de la mujer, pues únicamente parte de la existencia de una presunción de idoneidad absoluta de las madres para el cuidado y atención

⁷⁶ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforma la fracción VI del artículo 282 del CCF., el 11 de febrero de 2022. Disponible en www.infosen.senado.gob.mx, consultado el 17 de febrero de 2022.

conveniente de los hijos menores; situación que conlleva a que se privilegie en automático la preferencia a la madre para el cuidado de menores de temprana edad, y a que se vulnere el interés superior de los menores, pues impide que los operadores jurídicos analicen, valúen y ponderen las circunstancias propias de cada caso concreto, para determinar con quién de los progenitores se satisface de mejor forma el interés superior de la niña o el niño... En ese sentido, al no existir evidencia científica para determinar que lo que resulta más benéfico para un menor es permanecer a lado de su madre, en el caso de que sus padres decidan separarse o iniciar el procedimiento de divorcio y considerando que lo que debe ponderarse es el interés superior menor, el párrafo segundo de la fracción VI del artículo 282 del CCF es contrario al principio de igualdad consagrado en nuestra norma constitucional...”

La propuesta de reforma al artículo 282, fracción VI quedaría en los siguientes términos:

Código Civil Federal Texto Vigente	Código Civil Federal Propuesta
<p>Artículo 282.- ...</p> <p>I. a V. ...</p> <p>VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.</p> <p>Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.</p>	<p>Artículo 282.- ...</p> <p>I. a V. ...</p> <p>VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente, garantizando en todo momento el interés superior del niño.</p>

Tabla 1.2. Fuente: Cámara de Diputados, comparación de la reforma del artículo 282 del Código Civil Federal.

Esta reforma pretende, regular el principio de igualdad entre hombres y mujeres o, mejor dicho, entre padres y madres; respetando el interés superior

de las niñas, niños y adolescentes, al abrir la posibilidad de que puedan permanecer con uno o con otro de manera indistinta, y con ello evaluar las circunstancias de cada caso al momento de que el juez resuelva sobre la custodia de los hijos.

Sin embargo, no hay que perder de vista que independientemente de que se pretenda la igualdad de roles entre padres e hijos, lo importante es que se atiendan las necesidades reales que afrontan las familias, entre ellas el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, y la convivencia entre padres e hijos. No quiere decir que por el hecho de que exista igualdad entre los padres, no se pueda llegar a un acuerdo para que ambos puedan compartir la custodia de los hijos, ya que eso también es igualdad.

De manera que si se pretende atender las circunstancias reales de las familias debemos empezar por brindar certidumbre a sus derechos, y establecer mecanismos que evolucionen con la sociedad.

CAPÍTULO TERCERO

LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO

3.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); 3.2 Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra 1959); 3.3 Convención de los Derechos del Niño (1989); 3.4 Principios rectores de los derechos de niñas, niños y adolescentes; 3.4.1 Principio del Interés Superior del Niño; 3.4.2 Principio de No Discriminación; 3.4.3 Principio de Derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; 3.4.4 Principio de Derecho a la participación; 3.5 Observación General Número 5, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”; 3.6 Observación General Número 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”; 3.7 Observación General Número 12, “El derecho del niño a ser escuchado”; 3.8 Observación General Número 14, “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”; 3.9 Observación General Número 17, El derecho del niño al descanso, al esparcimiento, al juego, a las actividades recreativas, a la vida cultural y a las artes

3.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

El 10 de diciembre de 1948 la *Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas* proclamó y aprobó la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, la cual fue celebrada en París, Francia.

Desde entonces, la *Declaración Universal* ha sido una de las más importantes y amplias; en este sentido me gustaría destacar de manera particular el artículo 25, el cual señala que la maternidad y la infancia deben tener asistencia especial; y que todos los niños nacidos del matrimonio o fuera de él, tiene derecho a la protección social; dándole la titularidad a los niños en ese momento.

Por lo que la *Declaración Universal* ha sido considerada como uno de los más importantes esfuerzos nacionales e internacionales en la protección de los derechos humanos. Es la directriz que marcó el rumbo para los demás instrumentos en el campo de los derechos humanos.

Es importante destacar la trascendencia de la Declaración Universal, desde el ámbito político y moral, la cual se ha ido transformando con el transcurso de los años, para fortalecerse y adquirir un valor como instrumento internacional.

A la *Declaración Universal*, se le atribuye una gran fuerza moral y política, no solo por haber sido adoptada por las Naciones Unidas, sino por el impacto que tuvo en la opinión pública, ya que en ese tiempo atendió las aspiraciones y necesidades del hombre.

Este documento ha tenido influencia y ha sido inspiración para los tratados internacionales que se han celebrado en materia de Derechos Humanos, como la *Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y la *Carta Africana sobre Derechos Humanos de los Pueblos*⁷⁷.

En cuanto a su valor jurídico, las Naciones Unidas la han utilizado en casos muy especiales, cuestiones de verdadera importancia cuando se espera obtener el máximo de observancia para el mayor número de Estados posible⁷⁸.

Las declaraciones al ser un instrumento de carácter no obligatorio, al momento en que son plasmadas en las resoluciones, los órganos como las

⁷⁷ Ventura-Robles Manuel E., *El valor de la Declaración de Derechos Humanos*. The modern world of human rights/El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en honor de Thomas Buergenthal, p. 257.

⁷⁸ *Ibíd*em, pp. 257 y 258.

Naciones Unidas o la Organización de los Estados Americanos, tiene el valor de recomendaciones.

En este sentido existe una tesis que nos dice que la Declaración no tiene efectos vinculantes, no es obligatoria y que es solo una recomendación, por haber sido adoptada como Declaración y no como una Convención, en cuyo caso sería obligatoria para los Estados que se adhieran a ella y que la ratifiquen. Esa doctrina tuvo importancia hace varios años, fue adoptada por medio de una resolución de la Organización de las Naciones Unidas y concebida para tener un valor moral y político, sin ser vinculante, como lo refieren las siguientes tesis⁷⁹:

La primera tesis denominada “La incorporación indirecta a la Carta de las Naciones Unidas”, la cual señala que con el paso del tiempo se ha consolidado como una tesis que por lo menos contiene los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal, la perspectiva de la fuerza obligatoria de la Declaración no es directa, sino que se adquiere por la incorporación implícita en la Carta.

Y la segunda tesis se denomina “La incorporación al Derecho internacional consuetudinario”. En este sentido, la Declaración Universal, habría incorporado al Derecho Internacional Consuetudinario como una práctica general y extendida, fundamentada en la convicción de que ella corresponde al cumplimiento de una regla de Derecho.

Se puede decir, que la Declaración Universal no se encuentra plenamente incorporada al derecho consuetudinario internacional, ya que, de ser así, implicaría que cualquier violación a sus normas serían transgresión al Derecho Internacional.

⁷⁹ *Ibíd*em, pp. 261-263.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* por su acrónimo DUDH, a lo largo del tiempo ha ido obteniendo el reconocimiento de fuerza obligatoria, ya que, si bien no ha cambiado de dirección, aún le falta camino por recorrer. Sin embargo, la fuerza jurídica que se le atribuye es por la respuesta que se les dio a las aspiraciones del hombre y la sociedad.

3.2 Declaración de los Derechos del Niño, Ginebra 1959

La *Declaración de Ginebra de 1924* por su acrónimo DG⁸⁰ tiene su origen en la iniciativa británica de Eglantyne Jebb, fundadora de la organización Save the Children, cuyo objetivo era ayudar a los niños de la Primera Guerra Mundial y la Revolución Rusa, la cual consta de cinco principios hacia los niños: condiciones adecuadas para su normal desarrollo material y espiritual; ayudar a los niños en tiempos difíciles; prestar socorro en primer lugar a los niños en situaciones de emergencia; protegerlo ante cualquier tipo de explotación; y el deber de educarlo.

Con base en lo anterior, y teniendo presente la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, adopta lo establecido en la Declaración de Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño. Siendo reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

⁸⁰ González Contró, Mónica, *Derechos de los Niños y las Niñas*, México, UNAM, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revoluciones de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 1-53, pp. 10 y 11.

En este sentido, la *Sociedad de Naciones Unidas* por su acrónimo SNU refiere que la DUDH de 1948, establece que toda persona tiene los derechos y libertades enunciadas en ella. Por tal motivo, es que el niño, por su falta de desarrollo y madurez, necesita protección y cuidados especiales. La Declaración fue aprobada por 78 Estados miembros de la ONU.

Aunado a lo anterior, la Asamblea General proclama la Declaración de los Derechos del Niño por su acrónimo DDN, con la finalidad de que éste pueda lograr desarrollarse de manera plena y feliz, así como de especificar los derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para los niños.

Se puede decir que este documento, pasó a ser una guía tanto para las autoridades locales e internacionales, como para los padres y madres en el reconocimiento de los derechos humanos y su observancia, y la lucha por la aplicación de medidas legislativas que, progresivamente la sociedad ha ido adoptando, bajo diez principios⁸¹:

- 1.- El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Los cuáles serán reconocidos a todo niño sin distinción alguna.
- 2.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para su desarrollo físico y mental.
- 3.- El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.
- 4.- El niño gozará de los beneficios de la seguridad social.

⁸¹ Véase DDN de 1959. Disponible en www.cndh.org.mx, consultada el 22 de marzo de 2022.

5.- El niño física y mentalmente impedido o que sufra algún tipo de cuidado especial, debe recibir el tratamiento, la educación y los cuidados que necesite.

6.- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión.

7.- El niño tiene derecho a recibir educación, gratuita y obligatoria, por lo menos las etapas elementales, para que pueda desarrollar sus aptitudes y juicio individual.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen a su cargo la responsabilidad de educar y de orientar.

8.- El niño en todas las circunstancias, debe recibir primero la protección y ayuda.

9.- El niño debe ser protegido del abandono, crueldad y explotación.

10.- El niño debe ser protegido contra prácticas que puedan fomentar la discriminación de cualquier índole.

Es importante mencionar que ni la *Declaración de Ginebra de 1924*, ni la *Declaración de los Derechos del Niño de 1959*, definen el periodo que comprende la infancia, es decir, cuándo empieza y termina. Sin embargo, los principios enunciados son parteaguas para el reconocimiento de los derechos de la niña y el niño, como un grupo que necesita el apoyo y protección por parte de la familia y el Estado.

3.3 Convención de los Derechos del Niño de 1989

La CDN fue adoptada y ratificada por la *Asamblea General de las Naciones Unidas*, mediante resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, y entró en vigor el 02 de septiembre de 1990⁸².

Tomando como base el reconocimiento de las Naciones Unidas y los pactos internacionales de derechos humanos, en los que toda persona tiene derechos y libertades, sin distinción alguna, y convencidos de que la familia como grupo fundamental de la toda sociedad, para el crecimiento y bienestar de todos los miembros, en particular los niños, deben recibir protección y asistencia para que en un futuro puedan asumir sus responsabilidades de manera plena dentro de la comunidad.

Se reconoce que, para el pleno desarrollo del niño, debe de estar rodeado de factores que ayuden a su personalidad y crecer en una familia que le pueda brindar amor, felicidad, cuidados y comprensión.

En 1978 el Estado de Polonia, presentó a la Organización de las Naciones Unidas por su acrónimo ONU una iniciativa para que se propusiera un cuerpo de normas jurídicas acorde para la protección de los derechos humanos de la niñez. Un año más tarde, la Comisión de Derechos Humanos por su acrónimo CDH de la ONU creó un grupo de trabajo, con la finalidad de revisar el documento presentado por Polonia y en su caso aprobar una Convención en esos términos.

El grupo de trabajo estuvo integrado por representantes de los Estados miembros de la CDH, personal de UNICEF (United Nations International Children's Emergency Fund), OIT (Organización Internacional del Trabajo), ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados) y

⁸² Véase CDN. Disponible en www.portales.segob.gob.mx, consultada el 23 de marzo de 2022.

varias organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo ante el Consejo Económico Social de la ONU.

Como resultado del grupo de trabajo, surge el Comité de los Derechos del Niño por su acrónimo CDN⁸³, que es un órgano de expertos independientes, que supervisan la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, como son la participación de los niños en conflictos armado, la venta y prostitución, así como la pornografía infantil.

Una de las obligaciones de los EP es presentar al Comité informes sobre la manera en que se ejercen los derechos, inicialmente los Estados deben presentar un informe cada dos años después de su adhesión a la Convención y después cada cinco años. El Comité examinará los informes y expresará sus preocupaciones y recomendaciones, como *observaciones finales*.

Ahora bien, retomando a la Convención podemos decir que los artículos se pueden agrupar en: principios rectores, derechos a la supervivencia y el desarrollo, así como el derecho a la protección y a la participación. Estos principios rectores incluyen la no discriminación, el interés superior del niño, y el derecho a la vida; es decir, el respeto a todos estos principios es el respeto a nosotros mismos como humanidad.

De igual forma, la Convención hace el reconocimiento de que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones difíciles y que necesitan una especial consideración. Teniendo en cuenta sus tradiciones y valores culturales, así como la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida. Circunstancias que son de suma importancia al momento de hacer una valoración sobre los aspectos que

⁸³ Véase CDN. Disponible en <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>, consultada el 23 de marzo de 2022.

se pretenden modificar o cambiar en beneficio de los niños, su familia, y general de la sociedad en la que viven y se desarrollan.

Esta Convención consta de 54 artículos, dividiéndose en tres secciones, de los cuales solo mencionaré de manera general la Primera parte y lo que consideramos más importante para la presente investigación⁸⁴:

Primero que nada, en sus artículos 1 y 2, la Convención nos da el concepto de niño, y refiere que es todo ser humano menor a dieciocho años, de modo que los Estados Partes deben respetar y aplicar los derechos de esa Convención, así como tomar las medidas para garantizar la no discriminación.

Por otra parte, en los artículos 3 y 4 se menciona que las instituciones públicas o privadas tomarán las medidas necesarias en atención al interés superior, adoptando medidas administrativas, legislativas y otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

Los artículos 5 y 9, hacen referencia a que los EP por su acrónimo EP respetaran las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o a los miembros de la familia; y velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en atención al interés superior del niño. Respetando la participación de las partes en cualquier procedimiento, así como el derecho a las relaciones personales y contacto directo con sus padres.

El artículo 10 establece que los EP, a toda solicitud hecha por un niño a sus padres a un Estado miembro para salir de él a efecto de una reunión

⁸⁴ Véase CDN. Disponible en <https://www.unicef.es>, consultada el 04 de abril de 2022.

familiar, deberá ser atendida. Así como mantener las relaciones personales y el contacto con ambos padres aún y cuando residan en Estados diferentes.

El niño tendrá derecho a la libertad de expresión, que incluirá buscar, recibir y difundir información e ideas, de manera oral, escrita o impresa de acuerdo con el artículo 13.

En cuanto al artículo 18 establece que los EP pondrán el máximo empeño para garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes en cuanto a la crianza y desarrollo de los hijos. Incumbirá a los padres el respeto del interés superior, que va muy acorde con lo señalado en los artículos 9 y 10.

El artículo 19 estipula que los EP adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, mientras se encuentre bajo la custodia de los padres o de la persona que lo tenga a su cargo; es parte de lo que establecen los artículos 3 y 4.

Y, por último, el artículo 27 señala que los EP reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Los padres deben proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Como se puede observar a lo largo de estos artículos, la Convención refleja un panorama sobre los derechos que toda niña, niño o adolescente deben de tener. Estableciendo los parámetros mínimos que cada Estado debe adoptar para su protección.

Empezando con el parámetro de edad, el cual puede variar dependiendo de la ley que le sea aplicable, así como su cultura; evitar la discriminación en todo sentido para poder ejercer la igualdad de condiciones,

derechos y libertades, empezando en la casa, y continuando con las instituciones que están al servicio de la sociedad.

Cualquier institución del Estado o privada que esté vinculada con niñas, niños y adolescentes, debe primar por el respecto al interés superior; que aun y cuando se puede decir que es un concepto subjetivo, también los asuntos se deben de tomar en lo individual. Sobre todo, debemos adquirir conciencia del respeto a los derechos que las niñas, niños y adolescentes merecen por el simple hecho de ser persona, con una condición particular como lo es la edad; por lo tanto, merecen protección, recordemos que todos fuimos niños, y que ahora desde una perspectiva humanista debemos reflejarnos en el cumplimiento de sus derechos.

Es de suma importancia que los padres adquieran conciencia, y la educación adquiere relevancia, ya que el desconocimiento puede llevarlos a tomar acciones que vulneren esos derechos. De igual forma el respeto que existe de los Estados Partes a garantizar el reconocimiento de los derechos de ambos padres, no lo limita a actuar cuando no se cumplan las obligaciones de crianza y desarrollo a un nivel de vida adecuado físico, mental, espiritual, moral, social y con amor debo agregar.

3.4 Principios rectores de los derechos de niñas, niños y adolescentes

La CDN de 1989, de conformidad con los principios proclamados en la *Carta de las Naciones Unidas*, la libertad la justicia y la paz, basados en el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos iguales e inalienables para todos los miembros de la familia, reconoce que toda persona tiene derechos y libertades, basados en los instrumentos internacionales sin

distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, posición económica, nacimiento o cualquier condición⁸⁵.

Sin dejar de mencionar que la DUDH, señala que la infancia tiene derechos, cuidados y asistencia especial; debido a que la familia como base de la sociedad, y medio natural para el crecimiento de los niños, debe recibir protección y la asistencia necesaria para que en un futuro puedan asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

La CDN, establece que, para el pleno y armonioso desarrollo del niño, de su personalidad, debe desarrollarse en un ambiente familiar con amor y comprensión, para que esté plenamente preparado para la vida independiente en la sociedad.

Para entrar en tema, la CDN en su artículo 1° define al niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En este sentido, la CDN tiene cimiento en distintos principios rectores, que sirven como base para la creación de leyes para los EP; así como instrumentos internacionales; estas normas deben ser interpretadas y aplicadas por los miembros de la Convención. Los principios rectores son:

- El interés superior del niño;
- La no discriminación;
- El derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo;
- Así como el derecho a la participación.

⁸⁵ Véase CDN. Disponible en <https://www.unicef.es>, consultada el 06 de abril de 2022.

3.4.1 Principio del Interés Superior del Niño

El interés superior del niño por su acrónimo ISN se puede interpretar como el respeto a los derechos establecidos en la CDN y que debe primar sobre cualquier otra circunstancia en beneficio de las niñas, niños y adolescentes, tomando en consideración para su aplicación, la dignidad humana, características, desarrollo, índole cultural y beneficio.

Este principio se encuentra regulado en el artículo 3 de la CDN, en el que todas las instituciones tanto públicas como privadas, deberán atender el ISN, así como asegurar su protección y cuidado. Los Estados Partes deben asegurar que se cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes.

A lo largo de la Convención⁸⁶, distintos preceptos contienen este principio como el artículo 9 (que el niño no sea separado de sus padres y el respeto a las relaciones personales con sus padres y familia, a menos que sea necesario en atención al ISN); el artículo 18 (obligaciones de crianza y desarrollo de los niños por parte de los padres, proporcionando la asistencia necesaria para el desempeño de estas funciones); artículo 21 (los EP cuidarán el ISN en los casos de adopción de manera integral); artículo 37 (los EP, deberán velar porque no se prive de manera ilegal o arbitraria a los niños y no deberán permanecer separado de los adultos a menos que sea contrario al ISN); y artículo 40 (el debido proceso en el caso de haber infringido alguna ley penal, la asistencia de un asesor y de sus padres en las audiencias).

El principio de interés superior del niño tiene como objetivo garantizar el disfrute, efectivo y pleno de todos los derechos reconocidos en la Convención. Sí bien no existe una jerarquía sobre los derechos, se debe velar

⁸⁶ Véase CDN. Disponible en <https://www.unicef.es>, consultada el 07 de abril de 2022.

por el bienestar físico, psicológico, moral y hasta espiritual de todas las niñas, niños y adolescentes como un concepto holístico, y nunca interpretarse de manera negativa.

Por su parte la OG 14 sobre el interés superior del niño, señala que el Comité de los Derechos del Niño, concibe el concepto de manera triple, como un derecho sustantivo, como un principio jurídico y como una norma de procedimiento⁸⁷:

Como *derecho sustantivo*, el interés superior debe ser una consideración primordial que se debe sopesar sobre distintos intereses para tomar una decisión sobre la cuestión debatida, y la garantía de que se ponga en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a una niña, niño o adolescente, existiendo la obligación intrínseca por parte de los Estados de aplicar el principio de manera directa (art. 3, párrafo 1).

Como *principio jurídico interpretativo fundamental*, significa que una disposición jurídica puede admitir más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera efectiva el interés superior del niño. La Convención y los Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

Y como *norma de procedimiento*, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña, niño o adolescente, debe de existir una garantía procesal en la que se justifiquen las decisiones tomadas, explicando cómo se respetó el principio, y los criterios en los que basó su decisión frente a otras consideraciones o cuestiones normativas.

⁸⁷ Villanueva Ruth, Coordinadora, “*Compilación, Observaciones del Comité de Derechos Humanos del Niño de Naciones Unidas relacionadas con Adolescentes que infringen la Ley Penal II*”, Comisión de los Derechos Humanos, México, vol. II, julio 2018, pp. 5- 357, pp. 229 y 230.

La OG 14⁸⁸, establece que el concepto de interés superior es dinámico porque abarca diversos temas que están en constante evolución. Esta observación pretende proporcionar un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño, no pretende establecer lo que es mejor para el niño en una situación y momento concreto.

En este sentido, los EP tienen tres obligaciones con relación a este principio⁸⁹: a) Garantizar que el ISN se integre de manera adecuada, que se aplique sistemáticamente en todas las instituciones, procedimientos administrativos y judiciales que afecten de manera directa o indirecta a las niñas, niños y adolescentes; b) la obligación de velar por que las decisiones judiciales, administrativas, políticas, legislativas, y en general las relacionadas con los niños, incluyan el principio y sea evaluado para determinar su importancia; y c) garantizar que el ISN se consideró como primordial en las ediciones y medidas adoptadas por las instituciones públicas o privadas.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, los EP deben tomar las siguientes medidas: a) Examinar y en su caso modificar la legislación nacional y otras fuentes, para velar por la aplicación del interés superior del niño, y que las instituciones tanto públicas como privadas, así como los procedimientos judiciales y administrativos a todos los niveles lo contemplen como un derecho sustantivo y una norma de procedimiento; b) reafirmar la aplicación del ISN en la aplicación de políticas, nacional, regional y local; c) establecer mecanismos y procedimientos de denuncia con el fin de dar pleno

⁸⁸ *Ibíd*em, p. 231.

⁸⁹ Cfr. Villanueva Ruth, Coordinadora, *“Compilación, Observaciones del Comité de Derechos Humanos del Niño de Naciones Unidas relacionadas con Adolescentes que infringen la Ley Penal II”*, Comisión de los Derechos Humanos, México, vol. II, julio 2018, pp. 5- 357, p. 232.

efecto al niño, y que el ISN se integre y aplique de manera sistemática; d) asignación de recursos nacionales y programas destinados a los derechos de los niños; e) establecer, supervisar y evaluar el ISN, así como apoyar con estudios sobre cuestiones relacionadas con los derechos del niño; f) proporcionar información y capacitación sobre el artículo 3, párrafo 1, y su aplicación; g) proporcionar a los niños la información adecuada utilizando lenguaje para que pueda entender los alcances del ISN; y h) luchar contra las actitudes negativas y prejuicios que impidan la plena efectividad de los derechos del niño, y que el ISN se evalúe y constituya una consideración primordial.

En México el principio del interés superior se encuentra establecido en el artículo 4° de la *CPEUM*, en que cual se indica que todas las decisiones y actuaciones del Estado se debe velar y cumplir con este principio para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la infancia.

En este sentido la Tesis Aislada 1a. XLVII/2011⁹⁰, señala que el interés superior del niño es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de menores previstos en el artículo 4° Constitucional, debido a que uno de los objetivos de la *CPEUM* era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos en materia de protección a los derechos de los niños. De manera que el ámbito interno, este principio también es reconocido expresamente en la *LPDNNA* como principio rector.

Por lo tanto, el interés superior del niño debe ser una guía al momento de aplicar cualquier norma que afecte los derechos de niñas, niños y

⁹⁰ Tesis Aislada 1a. XLVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 310.

adolescentes, debiendo realizar una interpretación sistemática, tomando en cuenta los derechos establecidos en la *CPEUM*, los tratados internacionales y las leyes de protección a la niñez.

En esta tesitura, como lo señala Tapia Vega,⁹¹ en sede constitucional el efecto útil de aplicación implica que todos los Estados, deben dar efectividad en sus ordenamientos y estructuras internas, así como sus compromisos internacionales. En sede legislativa interna, el ISN existe en *LGDNNA* a nivel Federal; en sede judicial interna, en febrero de 2012 la SCJN diseñó un instrumento de *soft law* denominado Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes.

Al hablar del derecho que tiene toda niña, niño y adolescente a que le sea respetado y aplicado el principio del interés superior, es importante no perder de vista que la igualdad representa un derecho humano, aplicado a toda persona, sustentado en la dignidad e indispensable para su desarrollo integral. De manera que, si se les trata diferente a las niñas, niños y adolescentes se estarían violentando sus derechos a la no discriminación e igualdad; sin embargo, como lo señala Tapia Vega⁹², no hay que dejar de considerar que son personas vulnerables por la naturaleza de su capacidad cognitiva, jurídica y de ejercicio, así como su dependencia socioeconómica respecto de sus padres, colocándolos en una desventaja frente a otros, es decir, la edad por sí sola como lo señala, es suficiente para estimar un estado de vulnerabilidad, y

⁹¹ Cfr. Ricardo Tapia Vega, *El interés superior de niñas, niños y adolescentes, con garantía primaria dual del derecho humanos a la igualdad* en Oliva Gómez Eduardo, et al., *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el sistema judicial mexicano*, Escuela de Derecho, Posgrado y Práctica Jurídica, 2019, pp. 40-59, pp. 49 y 50.

⁹² *Ibídem*, p. 46.

se debe considerar para que el Estado realice acciones efectivas en defensa de sus derechos fundamentales y garantías.

Debemos considerar que las niñas, niños y adolescentes no son como los adultos, su desarrollo depende de diversas circunstancias, de manera que darles un trato igual que a los adultos los colocaría en una situación de desigualdad, sobre todo en procedimientos judiciales. De manera que el Estado, sociedad y toda persona que imparta justicia en asuntos en los que se encuentren involucrados, deben garantizar condiciones de igualdad en el acceso a sus derechos como lo es la aplicación del interés superior del niño, ponderando las características particulares de cada uno.

Me gustaría resaltar de manera personal el concepto que nos da Tapia Vega⁹³ con relación al ISN, señalando que “se presenta como una garantía tuitiva del derecho fundamental a la igualdad, dirigida especialmente a un colectivo vulnerable que es, precisamente, el de las niñas, los niños y los adolescentes; garantía que mediante diferencias 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”. Concepto con el cual concuerdo, sin embargo, aún no se logra ese equilibrio entre la normativa y su aplicación, lo que efectivamente llevaría a un plano de igualdad, empezando por la familia, y la imperiosa necesidad de pensar que los adultos son los únicos que tienen la razón.

Por otra parte, el interés superior aplicado a los menores de 18 años que son sujetos a órganos jurisdiccionales por la comisión de una conducta tipificada como delictiva; le será aplicada en el caso de México la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes* por su acrónimo LNSIIPA, por su acrónimo LNSIIPA, en la que se señalan las características

⁹³ *Ibídem*, p. 58.

de la intervención del Estado, debiendo reflejar las medidas que se deben adoptar al momento de imponer una sanción.

En este sentido, el artículo 1° entre otros, establece que la *LNSIJPA*, será aplicada a quienes se atribuya la realización de conductas tipificadas como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, es decir, adolescentes. Y en ningún caso, serán juzgados en un sistema de justicia para adolescentes. El objetivo de esta ley es garantizar los derechos humanos de los adolescentes a quienes se les impute o resulten responsables de la comisión de hechos tipificados como delitos. Los artículos 7 y 8, hacen referencia a la comprobación de la edad, la cual será considerada la que tenía la persona al momento de realizar el hecho delictivo, el cual se acreditará con el acta de nacimiento expedida por el Registro Civil o tratándose de extranjeros, mediante documento oficial; cuando esto no sea posible se realizará mediante dictamen médico rendido por los peritos que designe la autoridad. En caso de existir dudas, se presumirá como adolescente y quedará sometido a esa ley, hasta en tanto no se compruebe lo contrario.

En cuanto al interés superior, el artículo 12 estipula que se debe entender como derecho, principio y norma de procedimiento dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos, en concordancia con la *LGDNNA*. Y señala que, para apreciar el interés superior, se debe considerar los siguiente:

- I. El reconocimiento a éstos como titulares de derechos;
- II. La opinión de la persona adolescente;
- III. Las condiciones sociales, familiares e individuales;
- IV. Los derechos y garantías de la persona adolescente y su responsabilidad;
- V. El interés público, los derechos de las personas y de la persona adolescente;

- VI. Los efectos o consecuencias que la decisión que se adopte pueda tener en el futuro de la persona adolescente, y
- VII. La colaboración de las partes intervinientes para garantizar su desarrollo integral e integridad personal.

Se advierte que todas las resoluciones deben dejar patente el interés superior como una consideración primordial, señalado de qué forma fue examinada y evaluada, así como la importancia que se le atribuyó en la decisión. Los adolescentes deben gozar de todos los derechos humanos inherentes a las personas. Les serán garantizadas las oportunidades y facilidades, a fin de asegurarles las mejores condiciones para su desarrollo físico, psicológico y social, en condiciones de dignidad.

En este sentido, el artículo 17 establece que en ningún caso se podrán imponer a las personas adolescentes medidas más graves ni de mayor duración a las que corresponden por los mismos hechos a un adulto, ni gozar de menos derechos, prerrogativas o beneficios que les concedan a estos. Por ello, la autonomía progresiva juega un papel muy importante en las determinaciones, como lo establece el artículo 19 en el que refiere que “será el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de las personas adolescentes y de su capacidad progresiva para ejercerlos, de acuerdo con la evolución de sus facultades, lo cual significa que a medida que aumenta la edad también se incrementa el nivel de autonomía”.

Para respetar los derechos de los adolescentes, se debe aplicar la ley más favorable cuando se encuentren en las mismas circunstancias, esto también es el interés superior. De igual forma, la reintegración juega un papel muy importante, la familia en estos casos es el apoyo principal de manera emocional, pero también desarrollar competencias en el ámbito escolar y laboral, permitirá que se pueda reincorporar a la sociedad.

La aplicación del interés superior en los adolescentes es de suma importancia, ya que la finalidad del efecto útil de la norma es hacer una

ponderación de los derechos fundamentales que gozan todos y cada uno de ellos con la protección proporcionada por el Estado, equilibrando los derechos de igualdad entre la norma, su aplicación y la efectividad.

3.4.2 Principio de No Discriminación

Este principio se encuentra establecido en el artículo 2° de la Convención⁹⁴, el cual establece que la no discriminación es una obligación que prohíbe todas sus formas para el disfrute de los derechos consagrados en la Convención, de manera que los Estados Partes deben tomar las medidas necesarias para garantizar la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos. Esto puede llevar a la adopción de medidas encaminadas a corregir situaciones que se puedan presentar desigualdad real.

La Convención reafirma este principio de no discriminación desde dos ámbitos: no ser discriminado en sus cualidades y su nacimiento en función de

⁹⁴ Artículo 2° de la CDN:

Los Estados Partes 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 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.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Convención sobre los Derechos del Niño, consultada en <https://www.unicef.es>, consultada el 18 de abril de 2022.

sus padres; así como prohíbe discriminar a las niñas, niños y adolescentes en su calidad de menor de edad.

En 1965 las Naciones Unidas definieron a la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en raza, color, linaje, origen nacional o étnico que por objeto o por resultado menoscabe, anule el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁹⁵.

En este sentido, y considerando la *Carta de las Naciones Unidas* basada en los principios de dignidad e igualdad a todos los seres humanos, fue adoptada, abierta y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial el 21 de diciembre de 1965, entrando en vigor el 04 de enero de 1969⁹⁶.

Los EP se comprometen a tomar medidas conjuntas o de manera separada para realizar los propósitos de la Naciones Unidas, como son promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todo ser humano, sin distinción alguna. Si consideramos que todo ser humano nace libre e igual en dignidad y derechos, sin distinción alguna; las niñas, niños y adolescentes no deben ser discriminados por su minoría de edad o sus capacidades, ya que se atenta contra la dignidad humana. Este principio se refiere a que los individuos o la

⁹⁵ Del Valle Cobar, Dora Ruth. *et al.*, *Convención Internacional sobre Derechos del Niño, versión comentada*, Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos COPREDEH, Guatemala, 2011, pp. 5-62, p. 16.

⁹⁶ Véase Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, consultada en <https://www.ohchr.org>, el 19 de abril de 2022.

colectividad no deben recibir un trato desfavorable o colocarlos en una situación desventajosa en relación con otros.

El principio de no discriminación no significa que debe haber un trato igual, ya que existen circunstancias que deben recibir un trato preferencial para poder ayudarlos en una situación de vulnerabilidad, como son las niñas, niños y adolescentes que necesitan protección y ayuda para ejercer sus derechos de manera efectiva.

Por su parte, la *Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993*⁹⁷ establece en su apartado 21 que se reconoce los derechos humanos del niño y su efectiva aplicación por los EP mediante la adopción de medidas legislativas, administrativas y de otro tipo necesarias para la asignación del máximo posible de recursos disponibles. La no discriminación y el interés superior de niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia teniendo debidamente en cuenta la opinión de los interesados.

De igual forma, la OG N° 5 del 2003⁹⁸ establece medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2, señala que los Estados Partes tiene la obligación de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación en cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna. Uno de los ejemplos señalados, es que los datos que reúne el Comité permiten identificar las discriminaciones existentes o potenciales, lo que permite modificar la legislación, que se introduzcan cambios en la administración o que se adopten medidas educativas para el cambio de actitudes; sobre todo la importancia de tomar

⁹⁷ Véase DyPAV. Disponible en <https://www.ohchr.org>, el 19 de abril de 2022.

⁹⁸ Véase CDN, OG Núm. 5 (2003), Comité de los Derechos del Niño, consultada en <https://www.ohchr.org>, el 22 de abril de 2022, pp. 1-23, p. 5.

medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación.

Así mismo, el artículo 3, párrafo 1 estipula que el interés superior del niño como principio exige la adopción de medidas que deben tomar las instituciones tanto públicas como privadas para una aplicación efectiva; se deben estudiar sistemáticamente los derechos y los intereses de los niños, y las implicaciones que las decisiones puedan conllevar.

En artículo 1°, último párrafo de la CPEUM prohíbe todo tipo de discriminación motivada por el origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, de salud, religión, opinión, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de las personas. De modo que para la ley todas las personas nacen libres e iguales en dignidad, gozando de derechos humanos.

La *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* por su acrónimo LFPyED, en su artículo 4°, nos dice que se entenderá por discriminación “toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones”.

La ley define de manera amplia lo que se debe entender por discriminación; sin embargo, cada día aparecen nuevas maneras o formas de discriminación, por lo que se debe estar atento al desarrollo de este principio, para tomar las medidas y acciones para poder combatirla.

Por su parte la Segunda Sala de la SCJN, en su Tesis Aislada⁹⁹ advierte que “la no discriminación es una verdadera garantía individual, consistente en un derecho subjetivo público del gobernado a ser tratado en la misma forma que a todos los demás y el correlativo deber jurídico de la autoridad de garantizar un trato idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas circunstancias”.

El principio de no discriminación expresa una facultad o potestad que tiene cada persona, inherente a ella por razón de su naturaleza, la cual es reconocida por la ley convirtiéndose en un derecho fundamental plasmado en normas jurídicas, por lo que queda prohibido menoscabar ese derecho por cualquier persona o institución pública o privada. Pero sabemos en la realidad existe la discriminación dentro de nuestro hogar cuando hacemos preferencias hasta en nuestros hijos, más allá de las bases jurídicas debe existir un respecto entre los seres humanos y sus preferencias de manera general, siempre y cuando no se atente a la dignidad de nadie.

Como hemos podido observar, este principio ha tenido que evolucionar por su importancia y relevancia, cada día vemos nuevas formas de discriminación, de manera que la lista sigue en aumento. Lo verdaderamente importante, es la evolución de la sociedad, y más que de actos de pensamientos e ideologías que son las más difíciles de cambiar, la educación juega un papel importante, y no me refiero a grandes estudios en alguna determinada ciencia, sino a la sensibilización de la sociedad y las consecuencias que han llevado a actos discriminatorios, sentimientos como odio, maltratos, burlas y hasta muerte. Es un tema de conciencia y respeto más que de educación y creencias.

⁹⁹ Tesis Aislada 2a. CXVI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p. 639.

3.4.3 Principio de Derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, es el tercer principio, se encuentra establecido en el artículo 6 de la CDN. Este principio hace referencia a que toda niña, niño o adolescente tiene derecho a vivir dignamente, y en condiciones que le permitan un sano desarrollo como ser humano. El nacer, es parte del desarrollo de todo ser vivo, va más allá de un principio.

El derecho a la vida¹⁰⁰ debe interpretarse como un derecho civil y político, así como económico, social y cultural, puesto que no se debe interpretar de manera restrictiva. La interpretación del derecho a la vida como derecho civil y político, ampara a ser protegido en matanzas arbitrarias y a no sufrir acciones ni omisiones para causar muerte no natural y prematura. La interpretación económica, social y cultural, añade como requisito tener las condiciones mínimas para una vida digna de acuerdo con lo dicho por el Comité de los Derechos del Niño en 2017 por su acrónimo CDN.

En cuanto al derecho a la supervivencia y el desarrollo, señala que solo se puede aplicar de manera holística, es decir se debe analizar de manera integral con los principios rectores y los derechos sustantivos. Para la interpretación del artículo 6 antes mencionado, los Estados no solo deben adoptar medidas apropiadas que constituyan la supervivencia de un niño, sino están obligados a aplicar las medidas para adoptar medidas preventivas.

En este sentido la *Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño* del 30 de septiembre de 1990 por su

¹⁰⁰ Véase Humanium ONG Internacional de Apadrinamiento de Niños, consultada en <https://www.humanium.org>, el 25 de abril de 2022.

acrónimo DMSPyDN¹⁰¹ nos da una lista de las causas que ponen en peligro la supervivencia física del niño, como son: la falta de una alimentación adecuada, no tener agua potable, falta de educación, de vivienda, de salud, de tiempo libre, de recreación, de actividades culturales y de conocimiento de sus derechos.

Posteriormente en 2005, el Comité de los Derechos del Niño amplió esa lista incluyendo la incidencia de infecciones respiratorias y diarreas agudas, anemias, enfermedades infecciosas intestinales, infecciones bacterianas, sarampión, neumonía y VIH/SIDA, atención pre y posnatal inadecuada, bajas tasas de inmunización, saneamiento deficiente y malnutrición.

El derecho al desarrollo se refiere a un concepto holístico, ya que para su cumplimiento se debe incluir obligaciones físicas, mentales, espirituales, morales, psicológicas y sociales, este desarrollo se basa en el proceso de niños a adultos, este principio se centra en el desarrollo integral del niño, y puede ser comparado con el interés superior, debido a que intervienen distintos factores, así como prejuicios tradicionales, de género, raciales y de clase. Sin embargo, para que se pueda brindar y garantizar este principio se deben de dar algunas condiciones como son acciones u omisiones por parte de los padres, tutores o el propio Estado, acciones u omisiones del propio niño, y carencias de recursos, que en este sentido puede ser que el Estado se vea limitado en la asignación de recursos para su cumplimiento.

En la *Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de 1994* por su acrónimo CIPD, en su capítulo 11 Población, Desarrollo y Educación, señala algunos objetivos con los cuales de manera personal concuerdo como son: lograr el acceso a una enseñanza de calidad, luchar contra el analfabetismo, eliminar las desigualdades con apoyo de la educación,

¹⁰¹ Véase DMSSPyDN. Disponible en <https://www.cndh.org.mx>, el 25 de abril de 2022.

incorporación de programas en temas de salud y salud reproductiva con la finalidad de que exista una conciencia de respeto entre los sexos. Considero que la educación es la base de toda sociedad, para que pueda existir tolerancia y respeto debe existir educación, que nada tiene que ver con creencias o juicios de valor.

El *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo* por su acrónimo PNUD define al desarrollo humano como “...un proceso mediante el cual se amplían las oportunidades de las personas; estas oportunidades son diversas y pueden cambiar en el tiempo, pero las más esenciales para cualquier nivel de desarrollo son: una vida prolongada y saludable, el acceso a la educación y disponer de los recursos para disfrutar de un nivel de vida decente...”

Por su parte, el *Índice de Desarrollo Humano* por su acrónimo IDH¹⁰² fue el primer informe mundial creado por el PNUD en 1990 el cual permitió monitorear el progreso de las naciones con un instrumento que conjuga la longevidad de las personas, su educación y el nivel de ingreso necesario para una vida digna. La evaluación de este índice se realiza tomando en cuenta tres aspectos: salud, educación e ingreso, y de esta forma conocer el nivel de bienestar de la población.

En México, las niñas, niños y adolescentes de acuerdo con la *LGDNNA* en sus artículos 14, 15 y 16 establecen que las autoridades de los tres ámbitos de gobierno y dentro de sus respectivas competencias deberán llevar a cabo acciones para garantizar el desarrollo y prevenir cualquier conducta que atente con su supervivencia, así como investigar y sancionar los actos de privación a la vida; deben de disfrutar de una vida plena en condiciones acordes a su dignidad que garanticen su desarrollo integral; tiene derecho a la paz, a no ser privados de la vida, ni utilizados en conflictos armados o violentos.

¹⁰² Véase Informe Nacional de Desarrollo Humano del PNUD, consultada en <https://www.mx.undp.org>, el 27 de abril de 2022.

La trascendencia de este principio y su falta de cumplimiento conlleva a que las niñas, niños y adolescentes sean desplazados, y se desarrollen en un ambiente no adecuado o sano, empezando por su casa.

3.4.4 Principio de Derecho a la participación

Este último principio se traduce en la libertad de expresión y de ser escuchado. El artículo 12 de la CDN, establece que los EP deberán garantizar que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, tiene derecho a expresarse libremente en todos los asuntos que le afecten; la opinión será tomada en cuenta en función de su edad y madurez. Se dará oportunidad de ser escuchado en todos los procedimientos judiciales o administrativos, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de acuerdo con el procedimiento de la ley nacional.

El artículo 57 de la *LGDNNA*, en la fracción XV, refiere que se deben establecer mecanismos para la expresión y participación de niñas, niños y adolescentes, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez que permitan atender y tomar en cuenta sus intereses y preocupaciones en materia educativa.

En este sentido, los artículos 71 a 74 de la Ley antes citada, establecen el derecho a la participación de las niñas, niños y adolescentes, y el derecho a ser escuchados y tomados en cuenta en los asuntos de su interés conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez. Las autoridades en los tres ámbitos de gobierno están obligadas a disponer e implementar los mecanismos que garanticen la participación permanente y activa en las decisiones que se tomen en los ámbitos familiar, escolar, social, comunitario o cualquier otro en el que se desarrollen. Así como el derecho que tienen a participar en todos los procesos judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan; de igual forma tienen derecho a que

las autoridades les informen la manera en que su opinión ha sido valorada y tomada en cuenta.

Dentro de los derechos humanos, este principio tiene pocos precedentes, debido a que se refiere a la condición jurídica y social de las niñas, niños y adolescentes, que carecen de autonomía, pero que son sujetos de derecho.

La OG 12¹⁰³, expresa el derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados, los EP deben garantizar que los niños que estén en condición de formarse su propio juicio tienen derecho a expresarlo libremente en los asuntos que le afecten, teniendo en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. Uno de los valores fundamentales de la Convención es que todos los niños sean escuchados y tomados en serio; este principio se debe tomar en cuenta juntos con los otros tres principios, para interpretarse de manera conjunta y respetar todos los derechos.

El Comité no impone ninguna edad para que el niño pueda expresar su opinión, al respecto se realizan las siguientes recomendaciones para la mejor aplicación del artículo 12 de la CDN¹⁰⁴:

Primero, el respeto y reconocimiento de las formas no verbales de comunicación como el juego, la expresión corporal, facial, el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños pequeños demuestran su capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

¹⁰³ Villanueva Ruth, Coordinadora, *“Compilación, Observaciones del Comité de Derechos Humanos del Niño de Naciones Unidas relacionadas con Adolescentes que infringen la Ley Penal II”*, Comisión de los Derechos Humanos, México, vol. II, julio 2018, pp. 5- 357, pp. 119

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 126 y 127.

Segundo, el niño no debe de tener un conocimiento exhaustivo de todos los asuntos que le afectan, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

Tercero, los Estados Partes deben garantizar la observancia de este derecho para los niños que tienen dificultades para hacer oír su opinión, como son niños discapacitados, indígenas, migrantes o que no hablen el idioma mayoritario.

Cuarto, los Estados Partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en los casos de niños pequeños, o que hayan sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato.

En los últimos años se ha extendido la práctica de la conceptualización en sentido amplio de la participación. Este término ha evolucionado y actualmente se utiliza para describir procesos de información y diálogo entre niñas, niños y adolescentes con los adultos, la base debe ser el respeto mutuo; los niños aprenden a expresarse y las opiniones de los adultos se tienen en cuenta para determinan el resultado del proceso. A pesar de que los EP han reafirmado el compromiso al cumplimiento del artículo 12 de la Convención, el Comité observa que, en la mayoría de las sociedades, la observancia del derecho que tienen a expresar su opinión se sigue viendo obstaculizada por prácticas o aptitudes que pueden ser sociales, políticas o económicas.

Las dificultades se hacen presentes en grupos de niñas y niños más pequeños, o que pertenecen a grupos marginados o desfavorecidos, considero de manera personal que el motivo, es la falta de comprensión, educación, respeto y empatía, empezando por sus padres, que consideran que no son aptos de opinar y mucho menos de ser tomados en cuenta, ya que muchas de las disputas son temas de adultos a pesar de que las decisiones puedan repercutir en los hijos.

Para la aplicación del artículo 12 de la *CDN*¹⁰⁵, se exige que se adopten cinco medidas, las cuales se deben aplicar de manera adecuada para el contexto que se trate:

- a) Preparación, los responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que esté informado sobre el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten. El responsable debe preparar al niño antes de ser escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde lo escucharán y quienes participarán.
- b) Audiencia, el contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, para que el adulto esté dispuesto a escuchar en la audiencia y de tomar en consideración seriamente lo que le haya decidido comunicar. Es conveniente que no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad.
- c) Evaluación de la capacidad del niño, sí del análisis caso por caso se indica que el niño es capaz de formarse un juicio propio, las opiniones deben de tenerse en cuenta como un factor destacado en la resolución.
- d) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño), el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que su opinión no se escucha solamente como mera formalidad, sino que se toma en serio.
- e) Quejas, vías de recurso y desagravio, es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchado y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 133-135.

violado. En el caso de los conflictos familiares sobre la consideración de las opiniones de los niños, el niño debe tener la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad.

Una de las obligaciones que tienen los EP es revisar o modificar la legislación para poder introducir mecanismos de acceso a la información con el apoyo adecuado en caso de ser necesario, para que de este modo los niños puedan ser escuchados en los procedimientos, denuncias o cualquier espacio que les afecte o repercuta en su desarrollo. Algunas de las acciones que deben adoptar los Estados son: revisar y retirar las reservas respecto al artículo 12 de la *CDN*, crear instituciones de derechos humanos en defensa de sus derechos, impartir capacitación en la práctica para los profesionales que trabajen con los niños y para ellos, garantizar las condiciones para apoyar y estimular a los niños a que expresen sus opiniones, combatir las actitudes negativas, que obstaculizan la realización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a través de campañas públicas, líderes de opinión, medios de difusión, escuelas que puedan apoyar a la causa.

Algunas de las principales circunstancias que exigen que las niñas, niños o adolescentes sean escuchados son¹⁰⁶:

- Divorcio o separación, cuando los hijos resultan afectados con las decisiones del tribunal, como su custodia o manutención, de manera que el juez debe tomar especial consideración el interés superior para ponderar su decisión tomando en cuenta su edad y madurez.
- Separación de los padres y formas sustituidas de cuidado, cuando se adopte la decisión de separar al niño de su familia por ser víctima de abuso o negligencia en su hogar, derivado de una denuncia o queja del niño o de algún familiar.

¹⁰⁶ *Ibíd*em, pp. 137 y 138.

- Adopción y *kafala*¹⁰⁷ del derecho islámico, cuando se haya previsto la adopción, kafala o algún tipo de acogimiento, es vital importancia que el niño sea escuchado.

De acuerdo con la *UNICEF*¹⁰⁸ para que la participación de las niñas, niños y adolescentes sea genuina se debe apoyar la construcción de una opinión formada y promover el asociacionismo como espacio propio de la infancia, adolescencia y representatividad entre ellos. Citando a Roger Hart, hacen referencia a su frase “una nación es democrática en la medida en la que sus ciudadanos participan, especialmente a nivel local”.

En este sentido Hart¹⁰⁹ propone una escalera de participación en 1993, la cual ayuda a determinar las características de los diversos niveles o grados de participación, siendo los siguientes:

¹⁰⁷ La *Kafala*, es una institución legal de protección a menores propia de los ordenamientos jurídicos de ciertos Estados del círculo cultural islámico. Implica un compromiso para hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado, pero no confiere el derecho a la filiación ni a la sucesión. Muchos países del mundo islámico prohíben la adopción al defender que el vínculo jurídico de la filiación puede tener únicamente un origen biológico. Mediante la kafala una persona, por lo general, un varón, llamado *kafil*, se hace cargo de un menor, denominado *makful*, a quien se limita a garantizar su mantenimiento y educación.

Ortega Giménez Alfonso, “Kafala del Derecho Islámico: Concepto, Naturaleza Jurídica, Caracteres y Efectos Jurídicos en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 819-826, pp. 820-822.

¹⁰⁸ Hablemos de participación infantil UNICEF, consultada en <https://ciudadesamigas.org/hablemos-de-participacion-infantil/>, el 02 de mayo de 2022.

¹⁰⁹ *Ídem*.

- Escalón 1, Participación "manipulada", se da cuando la población es utilizada para realizar acciones que no entienden y que responden totalmente a intereses ajenos a los suyos.
- Escalón 2, Participación "decorativa", se incorpora a la población sólo como un accesorio, es decir, para "decorar" o "animar" determinada actividad.
- Escalón 3, Participación "simbólica", es la que se puede apreciar cuando se realizan acciones donde la participación de la población es sólo aparente. Por ejemplo, parlamentos infantiles.
- Escalón 4, Participación de "asignados, pero informados", se da cuando se dispone de la población para que participe en una determinada actividad, sin embargo, se le informa en qué consiste la misma. Es, aunque todavía limitada, el primer nivel de participación real.
- Escalón 5, Participación "con información y consulta", Es el segundo nivel de participación real. En él, los agentes externos de desarrollo informan y consultan a la población sobre su probable participación. Con base en ello, la población decide.
- Escalón 6, "Participación en ideas de agentes externos de desarrollo compartidas con la población", la acción es pensada por agentes externos de desarrollo, pero es compartida con la población. Supone que ellos se incorporan en pensar y aportar respecto a la acción a realizar.
- Escalón 7, "Participación en acciones pensadas y ejecutadas por la propia población", la acción se gesta en la propia población y es ejecutada por ellos. No hay relación con agentes externos de desarrollo. Un ejemplo de este nivel se da cuando un grupo de niños organiza un campeonato de fútbol en su barrio, sin consulta alguna con adultos.

- Escalón 8, "Participación en acciones pensadas por la propia población y que han sido compartidas con agentes externos de desarrollo", la acción es pensada por la población, pero a diferencia del escalón anterior, es compartida con agentes externos de desarrollo. Tomando el ejemplo anterior, los niños organizan el campeonato y coordinan con sus padres un apoyo al evento. Es el nivel superior que contempla la llamada Escalera de la Participación.

Como se puede observar en los primeros tres niveles la participación real no existe, y en los siguientes existe, pero se da bajo ciertas circunstancias, hasta el nivel 6 es cuando la toma de decisiones de los adultos se realiza con la participación de las niñas y niños; en el nivel 7 las niñas y niños conciben y llevan a la práctica sus proyectos y toman decisiones que afectan su entorno, este nivel requiere de la participación de los adultos. Y finalmente en el nivel 8, el proceso es iniciado por las niñas y niños con la participación de los adultos en la toma de decisiones, generalmente son los adolescentes quien incorporan a los adultos en este nivel.

Se dice que la ciudadanía no se impone, se construye; sin embargo, para ser un miembro activo en la sociedad hay que conocer nuestros derechos y los de los demás. El reconocimiento de la diversidad, el conocimiento, la cultura y creencias, enriquecen la comprensión de esos derechos. La participación, protección y responsabilidad efectiva de los derechos conlleva a pensar y reflexionar sobre los resultados en la toma de decisiones. Por lo que si queremos niñas, niños y adolescentes pensantes, conscientes, reflexivos y participativos es importante crear estrategias para que tengan una intervención efectiva en los escenarios que se les presenten en su vida diaria, recordemos que son parte de la sociedad y que ellos la construyen.

3.5 Observación General Número 5, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niños”

La *OG Número 5* que formuló el *Comité de los Derechos del Niño* el 27 de noviembre de 2003 estableció las obligaciones que los EP deben adoptar para que las instituciones promuevan los derechos humanos y la protección de los derechos del niño.

Lo anterior debido a que el artículo 4 de la CDN prevé que los EP deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. Así como el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales, la disposición de recursos para su aplicación, y cuando sea necesario solicitar la cooperación internacional en caso de no contar con ellos.

Es decir, cuando los EP ratifican la Convención, asumen la obligación internacional de aplicarla. La aplicación tiene que ver con las medidas que los Estados adoptan para garantizar la efectividad de los derechos consagrados en dicha Convención. Parte de las obligaciones es incluir a las niñas, niños y adolescentes en todos los sectores de la sociedad, y que la legislación interna se encuentre acorde a la *CDN* y sus principios rectores. Para poder conocer el cumplimiento de su aplicación y efectividad de estas medidas, los Estados Partes deben presentar informes, prestando atención al apartado denominado “medidas generales de aplicación”, sobre las cuales el Comité realiza recomendaciones específicas, para que en futuros informes se observe el cumplimiento.

De igual forma, los EP se comprometen a asegurar la protección de los niños y los cuidados que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes que sus padres, tutores o quien sea responsable de él, con el propósito de que se tomen las medidas legislativas y administrativas adecuadas de acuerdo con el artículo 3° de la Convención.

Por su parte el artículo 42 de la *CDN* establece que los EP se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios (el interés superior del niño, la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como el derecho a ser escuchado) y disposiciones de la Convención, tanto para adultos como para niños; esto en razón de que la población en general entienda la importancia de los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes, y la confirmación de la igualdad de condiciones como titulares de derechos.

Como se puede apreciar, esta observación tiene como finalidad que los EP asuman los compromisos adquiridos de manera internacional con la finalidad de promover los derechos reconocidos en la Convención, y que sean aplicados (entendiéndose por aplicación, las medidas que los Estados toman para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la *CDN*) a todos los niños mediante la promulgación de disposiciones legislativas, así como órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes. Uno de los resultados satisfactorios es la creación de órganos y estructuras orientados y adaptados a los niños, el análisis sobre repercusiones en materia de niños, informes y defensa, así como la coadyuvancia con organizaciones no gubernamentales por su acrónimo ONG; un ejemplo es el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia mejor conocido como UNICEF por sus siglas en inglés.

3.6 Observación General Número 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”

La *OG Número 10* tiene que ver con los requisitos, fundamentos y características que debe tener un sistema de justicia penal para menores y adolescentes, señalando los estándares internacionales que vayan acorde con la *CDN*, se concreta principalmente en los artículos 37 y 40 de la Convención.

Los EP al momento de administrar justicia para menores deben tomar en cuenta los principios generales contenidos en la CDN como son: La *No discriminación*, para garantizar la igualdad de todos los niños que tengan conflictos con la justicia; en este sentido el artículo 56 de las Directrices de Riad establece que "deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven". *El interés superior del niño* se debe tomar en cuenta ya que su desarrollo físico y psicológico no es el mismo al de los adultos. En cuanto al *derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo*, el artículo 6 de la CDN establece que las políticas sobre delincuencia juvenil deben propiciar el desarrollo del niño, en cuanto a la privación de la libertad solo se debe utilizar como último recurso y durante el período más breve que proceda.

Lo anterior se concatena con el principio sobre el *respeto a la opinión del niño* contenido en el artículo 12 de la *CDN*, el cual señala que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente sobre todos los asuntos que le afecten, y esta opinión debe ser respetada en cada etapa del proceso de justicia para menores. Y finalmente, por lo que hace a la *dignidad*, la Convención contiene en su artículo 40 los elementos necesarios que deben observar cuando los niños tienen un conflicto con la justicia: un trato acorde con el sentido de dignidad y el valor del niño; respecto de los derechos humanos y las libertades de terceros; aunado al hecho de que se tome en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad; el respeto de la dignidad del niño sobre todas las formas de violencia en el trato.

En términos generales una política para menores de acuerdo con la Convención debe de abarcar las siguientes cuestiones básicas como son la prevención de la delincuencia juvenil; intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales e intervenciones en el contexto de las

actuaciones judiciales; edad mínima a efectos de responsabilidad penal y límites de edad superiores para la justicia de menores; garantías de un juicio imparcial; y privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la condena¹¹⁰:

- Prevención de la delincuencia juvenil: Los Estados Partes deben incorporar en su política general de justicia de menores las Directrices de las Naciones Unidas (Directrices de Riad) para la prevención de la delincuencia juvenil, las cuales deben ser complementadas con la socialización e integración de todos los niños, en el marco de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral.
- Intervención/remisión de casos: Se refiere a que las autoridades estatales pueden adoptar dos tipos de medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales. Medidas que no supongan el recurso a procedimientos judiciales y medidas en el contexto de un proceso judicial, esta obligación no se limita que los niños comentan delitos leves o lo que comentan un delito por primera vez, los Estados Partes decidirán la naturaleza y el contenido de las medidas que deben adoptarse. En el contexto de procedimientos judiciales, los Estados Partes deben contar con un servicio de libertad vigilada de conformidad con el primer párrafo del artículo 40 de la Convención, para no dificultar la plena participación del niño.

¹¹⁰ De Ferrari Vial y Curihuinca Santiago, *"Compendio de observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño"*, Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI), año 2018, pp. 63-66.

- Edad mínima a efectos de responsabilidad penal: los Estados Partes deberán tratar de promover, entre otras cosas, el establecimiento de una edad mínima ante la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, pero no la establece. La edad mínima significa que sí los niños cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima no podrán considerarse responsables de un procedimiento penal, los niños que tengan la edad mínima de responsabilidad penal en el momento de la comisión de un delito, pero que tengan menos 18 años podrán ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento. El establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable. El Comité exhorta a los Estados Partes a elevar la edad mínima de responsabilidad penal por su acrónimo EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola o, en su caso, no reducir la EMRP a los 12 años cuando aquélla es superior. Las normas de justicia para menores deberán aplicarse, a partir de la EMRP establecida en el país, a todos los niños que en el momento de la presunta comisión de un delito (o acto punible de acuerdo con la legislación penal), no hayan cumplido aún 18 años. Esto significa que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores.
- Garantías de un juicio imparcial: La Convención establece normas mínimas para los Estados Partes, que deben adoptar con el objeto de garantizar que todo niño del que se alegue que infringió las leyes reciba un trato justo y sea sometido a un juicio imparcial como se establece en el párrafo segundo del artículo 40 de la Convención.

Como se ha podido observar existen parámetros generales internacionales, los cuales deben ser adoptados e incorporados por los Estados Partes. De igual forma, hay algunos que contempla el artículo 40 de la Convención a lo largo de su contenido, por ejemplo, que la justicia para adolescentes no es retroactiva, es decir, ningún niño puede ser acusado o condenado por actos u omisiones que al momento de su comisión no están prohibidos por las leyes nacionales o internacionales. La presunción de inocencia es primordial ya que los cargos recaen sobre quien acusa, que va muy de la mano con el derecho que tiene todo niño a ser escuchado desde la fase instructora, cuando el niño tiene derecho tanto a permanecer en silencio como a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez de instrucción, hasta las fases resolutoria y de ejecución de las medidas impuestas.

La participación de los niños en los procedimientos es de suma importancia, ya que debe comprender plenamente de que se le acusa y las leyes que está infringiendo, así como las posibles consecuencias. Es por ello que su participación debe ser activa, y pueda realizar una exposición de los hechos en un ambiente que no sea hostil sino de comprensión, que le permita ser partícipe de lo que se le imputa, estas circunstancias dependen de su capacidad progresiva; de manera que los procedimientos pueden ser modificados con la finalidad de brindar esa compañía en el procedimiento con la asesoría jurídica profesional adecuada, todo este procedimiento debe ser con el acompañamiento de los padres o tutores.

3.7 Observación General Número 12, “El derecho del niño a ser escuchado”

La *OG Número 12* contiene los requisitos y condiciones mínimas para el ejercicio de este derecho, el cual se encuentra contenido en el artículo 12 de la *CDN*. Esta observación es sin duda una de las más importantes al reconocer que los niños tienen derecho a opinar, ya que por un lado carecen de plena autonomía que se les reconoce a los adultos, así como ser sujeto de derechos.

En el párrafo primero se garantiza que todo niño que esté en condiciones de formarse su propio juicio tiene el derecho a expresarlo de manera libre en todos los asuntos que le afecten, y que a su vez estas opiniones sean tomadas en cuenta en función de su edad y madurez; y en el párrafo segundo se establece el derecho que tienen a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. En este sentido los Estados Partes deben garantizar que la niña, niño o adolescentes que estén en condiciones de formarse un juicio propio deben poder expresarse de manera libre y en todos los asuntos que le afecten, empezando por su casa. ¿Qué significa que los Estados deben “garantizar”? Significa que deben adoptar las medidas necesarias que convengan a ese derecho. La condición de formarse un juicio propio es una circunstancia que debe ser evaluada por profesionales, por lo que no debe interpretarse en sentido restrictivo, es decir, como una premisa que justifique el límite el ejercicio del derecho de cada niño.

Es importante considerar que la manifestación de la opinión y de ser expresada libremente, quiere decir que no exista influencia o presión de ningún tipo, de manera que en la evaluación para determinar la capacidad de formarse su propio juicio debe ser considerada. El Comité señala que la escucha del niño implica la disposición de medidas que garanticen en distintos ámbitos como son: preparación del niño, la audiencia, la evaluación de su capacidad, comunicación de los resultados al niño y los medios de impugnación, tales como quejas o recursos.

De modo que los procesos deben ser¹¹¹:

- a) Transparentes e informativos;
- b) Voluntarios;

¹¹¹ De Ferrari Vial y Curihuinca Santiago, *"Compendio de observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño"*, Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI), año 2018, pp. 86 y 87.

- c) Respetuosos;
- d) Pertinentes;
- e) Adaptados a los niños;
- f) Incluyentes;
- g) Apoyados en información;
- h) Seguros y atentos al riesgo; y
- i) Responsables.

Por otra parte, la Corte resalta que las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas y consideradas de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Para determinar los alcances del artículo 12 de la *CDN*, el Comité realizó las siguientes especificaciones¹¹²: a) no se puede partir de la premisa que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones; b) el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse un juicio propio del asunto; c) El niño debe expresar su opinión sin presión y puede elegir si quiere o no ser escuchado; d) el ejercicio de expresar sus opiniones depende de que los padres o tutores le informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibilidades que pueden adoptarse y sus consecuencias; e) la capacidad del niño debe ser evaluada para tener en cuenta sus opiniones y para comunicar el resultado de sus opiniones en el proceso; f) los niveles de comprensión de los niños van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que su edad debe medirse a partir de su capacidad para expresar sus opiniones.

¹¹² Cuadernillo de Jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes, año 2017, pp. 1-122, p. 85.

En el caso de niñas, niños y adolescentes intervienen distintas características o requisitos; primero, para que pueda expresarse de manera libre y sin presión, y segundo que esas opiniones influyan el ánimo del juzgador para ser incorporadas y tomadas en consideración, teniendo en cuenta que primero se debe evaluar su capacidad para que pueda expresarse, partiendo de la premisa que todas las niñas, niños y adolescentes pueden formarse una opinión sobre cualquier asunto que le afecte. Se debe tener en cuenta que la capacidad progresiva se desarrolla conforme a la edad y el grado de madurez, a mayor edad más madurez; sin embargo, hay circunstancias que también pueden influir como son el entorno social, las condiciones económicas y culturales, de manera que la fórmula no puede ser general, y debe analizarse caso por caso.

En los casos en que se presenten conflictos entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice en lo posible los intereses de las niñas, niños y adolescentes; por lo tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad.

3.8 Observación General Número 14, “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”

La *OG Número 14* establece el contenido, fundamento y alcance del derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes a que el interés superior por su acrónimo ISN sea considerado de manera primordial antes de tomar una decisión que los pueda afectar. En este sentido el Comité analiza el

concepto del ISN desde tres niveles¹¹³, como *derecho sustantivo*, que el niño tiene derecho a que el ISN sea considerado, evaluado, y que se tenga en cuenta para poder tomar una decisión, la Convención la establece como una obligación de aplicación inmediata e invocable ante los tribunales; como *principio jurídico*, si una o más disposiciones jurídicas admiten más de una interpretación, se debe elegir la que satisfaga de manera efectiva el ISN, en los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos; y, como *norma de procedimiento*, cuando se debe tomar una decisión que afecte al niño en concreto, a un grupo o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones positivas o negativas de la decisión o decisiones.

De acuerdo con la Convención los objetivos de la observación es que los EP implementen y respeten el ISN, en particular las decisiones judiciales, administrativas o de otra naturaleza, que afecten a las niñas, niños y adolescentes, en lo individual o en las etapas del proceso, no solo ante tribunales sino en la aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas, presupuestarias, y directrices relativas a ellos.

El Comité establece 3 clases de obligaciones para los EP¹¹⁴: a) garantizar que el ISN se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las instituciones; b) velar por que las decisiones judiciales, administrativas, legislativas, etcétera, relacionadas con los niños y quede patente que el ISN de aquellos fue considerado; y c) garantizar que el

¹¹³ De Ferrari Vial y Curihuinca Santiago, "*Compendio de observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*", Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI), año 2018, p. 96.

¹¹⁴ *Ídem*.

ISN se ha evaluado y considerado como primordial en las decisiones y medidas del sector privado.

En cuanto a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, el Comité afirma que no deberá interpretarse en *stricto sensu* esta cláusula, limitándose a las instituciones sociales, sino que comprende a todas las instituciones cuya labor y decisiones impacten en los niños y en la efectividad de sus derechos; otro ejemplo son los tribunales, que no se limitan a los integrados por jueces profesionales, sino que también a los integrados por personas que no lo sean¹¹⁵.

El interés superior del niño también tiene que ver con la justicia penal con la finalidad de que sea restaurativa y de rehabilitación; en materia civil se considera que las niñas, niños o adolescentes están facultados para defender sus intereses directamente o por medio de representante. Es decir, en sentido general los EP están obligados a valorar y considerar el ISN, situación que no queda a discreción de los juzgadores o de las instituciones. Cuando las decisiones que se deben tomar son colectivas al evaluar el ISN se debe atender a las circunstancias del grupo o de los niños en sentido general.

En un sentido amplio los instrumentos internacionales tienen como objetivo la protección de los niños, el desarrollo armonioso de la personalidad y el disfrute de sus derechos reconocidos; es por ello que los EP deben adoptar y alentar medidas en el ámbito de sus competencias para la protección y defensa de sus derechos, así como apoyar a la familia en su función natural. Los derechos del niño se fundan en la dignidad humana del ser humano con las características propias de los niños y sus necesidades, debido a que necesita una protección especial para llevarlo a desarrollarse física, mental, moral, espiritual y social de manera saludable y normal; estas consideraciones son fundadas en el interés superior del niño.

¹¹⁵ *Ibídem*, p. 97.

El interés superior no solo se debe ponderar sobre las medidas especiales, sino también las características propias de la situación que se encuentra cada niña, niño o adolescente, las medidas especiales de protección corresponden tanto a la familia, a la sociedad y a las autoridades. En este sentido el Protocolo de San Salvador en su artículo 16, establece que “todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requiera por parte de su familia, sociedad y Estado”¹¹⁶.

El artículo 3 de la *CDN*, estipula que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Entonces la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que obliga al Estado y vincula con los derechos contenidos en la Convención, su aplicación es general, ya que se trata de un asunto de integridad personal, de identidad y de protección a la familiar.

3.9 Observación General Número 17, “El derecho del niño al descanso, al esparcimiento, al juego, a las actividades recreativas, a la vida cultural y a las artes”

La OG Número 17 establece el derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes al descanso, esparcimiento, juego, actividades recreativas, la vida cultural y las artes, los cuales se encuentran reconocidos en el artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido el Comité establece lo que se debe entender por *esparcimiento*, y señala que es una

¹¹⁶ Cuadernillo de Jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes, año 2017, pp. 1-122, p. 35.

actividad que implica la existencia de un tiempo libre o exento de toda obligación relacionada con la educación formal, el trabajo, las tareas domésticas, y demás actividades dirigidas por otras personas. En cuanto al *juego*, dispone que es todo comportamiento, actividad o proceso iniciado, controlado y estructurado por los propios niños, y tiene lugar dondequiera y cuando se dé la oportunidad. Las *actividades recreativas*, consisten en actividades o experiencias escogidas voluntariamente por el niño, ya sea por la satisfacción inmediata que le brindan o por el valor personal o social que espera recabar de ellas. Y finalmente, *la vida cultural y las artes*, a través de estas actividades los niños expresan su identidad y el sentido que le dan al mundo, y las fuerzas externas que afectan sus vidas¹¹⁷.

Es importante tener en cuenta que las actividades antes descritas, se desarrollarán conforme a la edad del niño, la naturaleza de los espacios, la forma de estimulación, el entorno, grado de participación y participación de los adultos para garantizar su seguridad, y porque no mencionar la economía y las raíces culturales que prevalezcan en la familia. La participación efectiva de los EP para la implementación de las actividades como derecho de todos los niños es indispensable, sobre todo la parte cultural y artística, que pueden ser atendidas mediante 3 dimensiones: acceso, participación y contribución. Los EP deben crear las condiciones necesarias y adecuadas para la participación con la finalidad de facilitar y propiciar oportunidades para el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 31 de la *CDN*.

El Comité destaca la preocupación por el escaso reconocimiento de los derechos contenidos en el artículo 31 de la *CDN* por parte de los Estados. El limitado reconocimiento y la importancia de estos derechos en la vida de las

¹¹⁷ De Ferrari Vial y Curihuinca Santiago, *"Compendio de observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño"*, Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI), año 2018, p. 114.

niñas, niños y adolescentes se traduce en la ausencia de inversiones, en la poca o nula legislación protectora y la carente planificación a nivel nacional y local. Los niños deben gozar de estos derechos independientemente del lugar en donde viva, de su origen cultural o de la situación de sus padres. El apoyo del sector privado, incluidas las empresas deben contribuir como parte de sus funciones y responsabilidad social con la población, como el apoyo en actividades culturales y artísticas; el juego y las actividades de recreación son esenciales para la salud y el bienestar físico y emocional de los niños, el que los padres promuevan el desarrollo, promueve la creatividad, la imaginación y la confianza en sí mismo y en la propia capacidad, reforzando sus capacidades cognitivas y emocionales. El descanso también es parte importante para gozar de un buen estado físico y mental para los niños y todo ser humano, lo que significa que deben tener un respiro después del trabajo, educación o cualquier otra actividad como parte de los derechos de todo niño; el sueño como parte del descanso también debe ser suficiente para su salud.

A los niños en condición de pobreza o con capacidades diferentes, se les debe ofrecer alternativas para poder acceder a las actividades culturales y artísticas, así como oportunidades de juego y recreación. La promoción, accesibilidad y promoción de oportunidades, requieren de espacios apropiados, recursos y personal calificado, y sobre todo consciente de las necesidades de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran en estas condiciones. De igual forma, los Estados Partes deben garantizar la no discriminación, la regulación de los actores no estatales, la protección de los niños contra todo daño, la seguridad después de un conflicto, mecanismos de denuncia, presupuestos y la planificación municipal para hacer efectivos los derechos del artículo 31 de la Convención, y una intervención activa de organismos de las Naciones Unidas para la Infancia.

CAPÍTULO CUARTO

LA CUSTODIA COMPARTIDA: BENEFICIOS, VENTAJAS Y DIFICULTADES

SUMARIO

4.1 Diferencias entre la custodia monoparental y la custodia compartida; 4.2 La importancia de la custodia compartida en los padres que se encuentran separados; 4.3 Preferencias infantiles sobre su custodia; 4.4 La importancia de la familia; 4.5 El divorcio ideal; 4.6 Tipos de custodia compartida; 4.7 Custodia compartida y la distribución Socio-Laboral; 4.8 Familia negociadora

4.1 Diferencias entre la custodia monoparental y la custodia compartida

La guarda y custodia se puede definir en el sentido de con quién va a convivir él o los hijos cuando se produce una separación de los progenitores o el divorcio en los casos de encontrarse unidos en matrimonio. En estas circunstancias, y al acontecer cualquiera de las dos acciones se desprenden diversos factores que ponen en marcha una serie de acontecimientos que van desde lo legal hasta lo emocional. Retomando un poco lo señalado en el capítulo segundo, nos damos cuenta de que los problemas se suscitan cuando los padres no llegan a un acuerdo. Posteriormente con la guarda y custodia devienen derechos inherentes a la patria potestad con la finalidad de que las niñas, niños y adolescentes estén protegidos.

Una de las características de la patria potestad es la convivencia con los hijos, por lo que una vez que sucede la separación o el divorcio trae aparejado dicha circunstancia, así como la protección y cuidado de las niñas, niños y adolescentes, la cual no se pueden entender desvinculada de la posesión material de los hijos.

Ahora bien, en el ámbito internacional el término '*joint custody* "custodia compartida", se originó en Norteamérica a comienzos de la década de 1970. Los países anglosajones distinguen entre "custodia física" *physical custody* y "custodia legal" o *legal custody*, la cual hace referencia a la responsabilidad legal en la toma de decisiones relativas a los hijos, así como educación, formación religiosa, etc. Y la custodia física, tiene que ver con quien residen los hijos, y por tanto quién lo cuidará en la práctica'¹¹⁸.

En la Unión Europea, por ejemplo, no tiene competencia directa para la regulación de las relaciones familiares tras el divorcio, ya que no es una materia propiamente comunitaria, se reconoce la normativa de cada Estado y se actúa en caso de conflicto entre países en materia de responsabilidad parental. De manera que los conceptos de *joint custody* y *shared custody*, hacen la diferencia en el tipo de custodia que se va a ejercer. *Joint custody upbringing*, se refiere a que ambos progenitores comparten las necesidades de los hijos, como salud, educación, alimento, limpieza... Esta modalidad requiere de un acuerdo entre las partes, el concepto encuentra su equivalencia en el ejercicio de la "patria potestad" en España¹¹⁹.

Por otra parte, la *shared custody* o *alternate upbringing*, significa que los hijos quedan al cuidado de los padres de modo alternativo o durante periodos específicos de tiempo; se requiere resolución judicial que determine los derechos y obligaciones que deriven de su ejercicio. *Shared custody*, es la denominación que tiene España para la custodia compartida; sin embargo, surge el problema cuando los países denominan el término de custodia

¹¹⁸ Alcántara Ruiz, Rafael, "*Custodia compartida y cambio social. La construcción social de la custodia compartida*", Tesis de Doctorado, por la Universidad de Alicante, España, año 2020, pp. 20 y 21.

¹¹⁹ *Ibídem*, p. 21.

compartida, cuando en otros países cobran diferentes sentidos, pudiendo hacer difícil la comparación¹²⁰.

En este sentido, y para entrar en contexto Oliva Gómez¹²¹ nos menciona los siguientes tipos de custodia: a) la guarda y custodia monoparental de hecho, se ejerce por uno solo de los progenitores, bien por así haberlo decidido de común acuerdo ambos padres, o bien, por existir un acuerdo mutuo, por la decisión que de hecho uno solo de los progenitores adopta sin tomar en cuenta el parecer del otro; b) la guarda y custodia monoparental de derecho, conferida por efectos de la resolución judicial emitida por el juez, en razón de existe un conflicto entre los progenitores y ambos pretender ejercer la custodia; y c) la guarda y custodia compartida, es aquella en la que ambos padres tiene la custodia legal y física de los hijos, esto implica que comparten derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda la actividad relacionada con su crianza. De tal manera que gozan por resolución judicial de igualdad en las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones; las cuales son aplicadas en México.

Para determinar sobre la custodia de los hijos Oliva Gómez, citando a Méndez Corcuera, menciona que se toma en cuenta lo siguiente¹²²: 1. La relación de los hijos con sus progenitores o con otra persona que el menor tenga afecto significativo...; 2. La escucha del menor, aún de oficio...; 3. La duración y adecuación de los arreglos corrientes para el desarrollo de la vida del menor y expectativa de mantener continuidad; 4. La estabilidad en las condiciones de vida del menor; 5. El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad

¹²⁰ *Ídem*.

¹²¹ Oliva Gómez, Eduardo, *Derecho de Familias*, Monografías, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2022, pp. 543, 544 y 555.

¹²² *Ibíd*em, p. 547.

en los que se desarrolla; 6. La capacidad de cada progenitor para permitir o conceder y animar a continuar, y frecuentemente el contacto frente al descendiente y su otro progenitor, incluyendo el aseo físico; 7. La capacidad de cada uno de los padres para cooperar o aprender a cooperar en el cuidado de los hijos; 8. El deseo de cada uno de los progenitores de conocer, aplicar y ejecutar los métodos de asistencia familiar para cooperar y resolver disputas; 9. El efecto en el menor; 10. Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional; y, 11. Para la toma de la decisión es necesario que se practiquen pruebas periciales psicológicas y de trabajo social para evaluar la idoneidad de los progenitores que pretenden ser titulares de aquélla...

Como se puede observar hay una diversidad de factores que deben ser tomados en cuenta a la hora de determinar el tipo de custodia que será más adecuada para hijos y padres; sin embargo, no hay fórmulas generales, porque las familias cambian, la sociedad evoluciona y las necesidades no son las mismas. Por lo que se han realizado estudios e investigaciones sociales y psicológicas favorables a la custodia compartida, como refiere Barcia Lehmann¹²³ citando a Bauserman en el que al revisar “treinta y tres estudios sobre custodia exclusiva y compartida, compararon ambos grupos con hijos de padres que no estaban separados, los hijos que estaban en regímenes de custodia compartida tenían menos problemas de comportamiento y emocionales, una mayor autoestima, mejores relaciones familiares y rendimiento escolar en comparación con aquellos en situaciones de custodia exclusiva. Agregando que no se encontraron diferencias significativas entre los

¹²³ Barcia Lehmann Rodrigo, “*Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo [Primera Parte]*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 153, septiembre-diciembre 2018, pp. 457- 480, p. 461.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.153.13647>

niños que estaban bajo custodia compartida y aquellos que vivían con ambos padres”.

Uno de los antecedentes de la custodia monoparental, es el de Estados Unidos, en el cual se llevó a cabo un informe elaborado por Batt, en el que destaca el *BBI model (Beyond the Best Interests of the Child)* que ha servido históricamente para la custodia exclusiva¹²⁴. En este modelo se establecía que las niñas, niños y adolescentes requerían de una figura de estabilidad, cuando los padres se separaban, por lo que debían optar por que los hijos fueran criados por uno solo de los padres, dejando al otro con un acceso restringido a sus hijos. Sin embargo, algunos estudios modernos señalan que, en caso de conflictividad de los padres, u oposición de uno de ellos, no debería proceder esa figura. Estas posturas han sido contrarias como en el caso de España, en el que la custodia compartida se ha comenzado a aplicar incluso con oposición de alguno de los padres en caso de algún conflicto.

Por otra parte, el psiquiatra Andrés Donoso y la psicóloga Sara Larraín citando a María Bacigalupo¹²⁵, señalan que el régimen de custodia más allá de la excepcionalidad de la custodia compartida es propicia para el padre no custodio, debido a que va adquiriendo, aunque de modo inconsciente la percepción de la responsabilidad respecto a sus hijos. Los mismos autores hablan de los factores negativos de la custodia exclusiva, como son la ruptura de los roles parentales, proyectándose ante los hijos una situación descompensada, uno de los padres tiene toda la responsabilidad afectiva, emocional, educativa y cotidiana, y otro se percibe como lejano y ausente.

¹²⁴ *Ibídem*, p. 462.

¹²⁵ *Ibídem*, p. 464.

Estados Unidos ha sugerido un modelo para el régimen de custodia compartida como parte del Consejo de Derecho del Niño de Estados Unidos (*Children's Rights Council*), siendo el siguiente¹²⁶:

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde).
De 1 a 2 años	Días enteros.
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres.
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana.
Más de 9 años	Alternancia semanal.

Con relación a la tabla anterior, los periodos que establecen en función de edad y contacto con los progenitores no parecen descabelladas, aunque finalmente implica un acuerdo de voluntades, así como una resolución judicial, y sobre todo la madurez y responsabilidad compartida de las obligaciones que se deben atender para con los hijos.

Desde una perspectiva más moderna Ferrari y Zicavo¹²⁷, nos dicen que la crianza monoparental es aquella donde se aplica la doctrina arcaica de que uno de los padres debe quedarse con los hijos de ambos y administrar, guiar su vida y relaciones sociales, abriendo camino a extirpaciones padrectomizantes que pueden evitarse con la crianza corresponsable. Por lo que el objetivo es que padres y madres mantengan sus derechos parentales, facilitando la participación en las decisiones de educación, crianza y desarrollo, así como el acceso a los hijos por ambos padres de esta manera la crianza

¹²⁶ *Ídem.*

¹²⁷ Ferrari, J. y Zicavo, N, *Padres separados. Cómo criar juntos a sus hijos*, Trillas, México, 2012, pp. 44 y 45.

compartida asigna a ambos padres los mismos reconocimientos de derechos y deberes como existía en la conyugalidad.

Cuando hablamos de la custodia monoparental, nos referimos a la familia que está integrada por uno de los progenitores ya sea padre o madre, de quienes dependen económicamente, y viven en el mismo domicilio padres e hijos, la cual puede ser de hecho o de derecho como ya se mencionó. Esta modalidad es la convencional cuando se habla de divorcio; sin embargo, es importante mencionar que este modelo es funcional, debido a que no todas las familias son iguales, y se deben tomar en cuenta factores como las circunstancias del divorcio, aspectos económicos y laborales, temas de violencia doméstica, vivienda, entre otros. Pero al igual que la custodia compartida, tiene elementos a favor y en contra, de manera que haremos un comparativo sobre dichos aspectos, empezando por la custodia monoparental.

Custodia Monoparental	
Ventajas	Desventajas
Cuando existe temas de violencia física, sexual o psicológica, drogas o delincuencia, es buena opción, ya sea con los padres o con algún familiar.	En el caso de las madres, se les dificulta encontrar trabajo.
Convivencia del hijo en condiciones normales con un régimen de visitas controladas.	Uno de los problemas más graves es la vivienda, por lo general es salir de la casa del cónyuge o pareja y buscar un lugar que se adecue a la nueva realidad.
	Las cargas económicas, de educación y atención a los hijos, recaen en una sola persona.
	Existe ruptura de convivencia familiar, pérdida de amistades, así como de relaciones.
	En el caso de los padres no custodios, piden igualdad para convivir con sus hijos.
	En el caso de los padres que no han estado involucrados en el cuidado cotidiano de los hijos, se estresan por las nuevas tareas.

	La opinión de los hijos es tomada en cuenta, sólo en caso de desacuerdo.
--	--

Tabla 3. Fuente: Elaboración propia.

La crianza monoparental es señalada por la doctrina como arcaica, debido a que solo uno de los padres es responsable de los hijos, y sus necesidades, de acuerdo con Ferrari y Zicavo¹²⁸ abre caminos para extirpaciones padrectomizantes, o alienación parental que pueden evitar una crianza corresponsable.

Por otra parte, el objetivo de la crianza compartida o custodia compartida es lograr que los padres mantengan los derechos parentales, facilitando la participación en las decisiones de educación, crianza, desarrollo y la presencia de ambos progenitores.

Custodia Compartida		
Beneficios	Ventajas	Dificultades
Presencia constante con los hijos.	Atribución de la custodia física y legal de los hijos a ambos progenitores por igual.	Debe de existir un acuerdo entre los progenitores, para determinar las convivencias y cuidados del o los hijos, debiendo tomar su opinión en consideración.
Equilibrio permanente de las obligaciones y responsabilidades.	Cada uno de los progenitores se encarga de la educación, cuidado, y atención durante el tiempo que se encuentra con él.	Lo conveniente es que ambos padres tengan trabajo, para poder cubrir las necesidades del o los hijos.
El contacto constante entre los progenitores y sus hijos.	Se deben establecer horarios dependiendo de las circunstancias de cada familia, para que la convivencia sea prolongada, de manera que el trato pueda ser lo más normal posible.	Llegar a un punto de acuerdo para poder convivir con los hijos como se hacía antes de la separación o divorcio.
Igualdad en los derechos y obligaciones que tienen los padres con sus hijos.	La realización de actividades que normalmente no hacían los progenitores como el involucramiento en las tareas de la escuela o las actividades	En el caso de adolescentes, su actitud es diferente ante la separación de sus padres, debido a que ya tienen una personalidad desarrollada, y

¹²⁸ *Ídem.*

	deportivas o culturales a las que asisten los hijos.	puede causar conflicto que sus padres convivan, de manera que se sugiere en estos casos una custodia compartida con periodos más largos de tiempo.
Los padres piden este tipo de custodia, pugnando por una igualdad de convivencia con los hijos.	Las madres no son las únicas que cuidan y atienden a los hijos.	Actualmente solo en caso de desacuerdo, los hijos tienen derecho a manifestar su opinión.
Las madres afirman tener más tiempo para hacer actividades de esparcimiento, lo que genera un mejor estado de ánimo.	Ambos progenitores se involucran con los hijos de manera activa.	Establecer reglas y horarios similares a los que tenía para no crear inestabilidad, tanto al interior como al exterior de la casa, escuela, actividades de esparcimiento y demás.
La custodia compartida, consagra el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.	La protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como el respeto a su opinión.	Participación activa de los padres en el proceso de crecimiento y cuidado de los hijos, ya que algunos padres se les complica porque normalmente con contribuían con labores domésticas.

Tabla 2. Fuente: Elaboración propia.

Como podemos observar la custodia compartida cuenta con características muy específicas, pero también con retos como son: los progenitores deben tener una relación cordial incluso antes de la separación o divorcio; es importante que cada progenitor tenga claro las responsabilidades y obligaciones que implica este tipo de custodia; si se establecen horarios muy prolongados en la convivencia, los hijos podrían experimentar un sentimiento de pérdida, por decir semanas o meses o hasta por año escolar, de manera que ya no sería una custodia compartida sino monoparental; la tolerancia entre los progenitores y los puntos de acuerdo es algo importante para la sana convivencia. Se debe tener en cuenta que la custodia compartida es en beneficio de los hijos, pero también de los progenitores, y que las condiciones no deben cambiar las rutinas que tenían antes de la separación o el divorcio, ya que previo a esta situación había acuerdos, y las actividades de cada miembro continuaban.

En la actualidad la evolución de la familia permite que el horizonte se amplíe y demos entrada a nuevas formas de custodia, como lo es la compartida. La crianza de los hijos no solo tiene que ser femenina o en algunos casos masculina, sino que ambos padres deben de asumir la responsabilidad que les corresponde, y ejercer las funciones con madurez, es un tema que resulta sumamente complicado, porque infortunadamente los adultos en los casos de divorcio o separación, pensamos en las cuestiones negativas o los motivos por lo que deseamos separarnos, mas no en la mejor forma de llevar a término la relación marital y emocional con la pareja o el hecho de que no termine la relación de los hijos con los padres.

La custodia compartida, surge por la necesidad de los padres a convivir con sus hijos, la necesidad de las madres no cargue con toda la responsabilidad en el sentido de que la custodia no tiene por qué ser solo femenina; los puntos de vista desde los distintos ángulos como son¹²⁹: las madres solas, los hijos sin padre y los padres que piden acceso a serlo.

Ahora bien, es importante tomar en cuenta los datos reportados en el Informe de labores 2020-2021 del *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos* por su acrónimo TSJEM¹³⁰, en cual informan que los juicios con mayor incidencia son en materia familiar: Divorcio Incausado 2,980, Controversias de Orden Familiar 1,641 y Guarda y Custodia 874. En el mismo sentido, de acuerdo con el *Instituto Nacional de Estadística y Geografía* (INEGI) en la

¹²⁹ *Ibíd*em, p. 49.

¹³⁰ Informe de Labores 2020- 2021, D. Rubén Jasso Díaz, Magistrado Presidente del Poder Judicial del Estado de Morelos. Disponible en <http://tsjmorelos2.gob.mx/inicio/informes/>, consultado el 02 de septiembre de 2022, p. 27.

estadística a propósito del 14 de febrero de 2021¹³¹, informó que entre los años 2019 y 2020 la relación divorcios-matrimonios casi se quintuplicó, al pasar de 7 a 32 divorcios por cada 100 matrimonios en México. En 2019 el número de divorcios fue de 160,107, y casi dos terceras partes de los divorcios (63%) fueron voluntarios, en tanto que el 35% por mutuo consentimiento¹³².

En el 2019, el 91% de los divorcios se resolvieron por vía judicial, y el 9% corresponden a la vía administrativa. De igual forma se incrementaron los divorcios, en 2010 habían 11.7 y para 2019 18.4. por cada 10 mil habitantes. En cuanto a la custodia de los hijos, en México el 49.6% fue otorgada a uno de los divorciantes, en el 43.9% no se le otorgó a ninguno, y solo el 4.5% fue concedida a ambos divorciantes¹³³.

La presente investigación no pretende desacreditar la custodia monoparental, ni mucho menos decir que la mejor opción es la custodia compartida, la familia no es una estructura que se repite de manera idéntica en cada caso, cada una de ellas observa sus propias características y por tanto, las fórmulas no pueden ser generales, por ello, lo que se pretende es dar paso a nuevas formas de custodia, y sobre todo que cada familia asuma los roles y responsabilidades que le corresponden. Es importante que los juzgadores al momento de otorgar una custodia consideren todos los elementos en su conjunto, con la finalidad de tomar la mejor decisión en favor del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, pero sobre todo de la familia como componente primordial de la sociedad, y no se conviertan una

¹³¹ Comunicado de Prensa Núm. 114/21, del 12 de febrero de 2021, Página 1/2, INEGI, Estadística a propósito del 14 de febrero, Datos Nacionales, p. 1.

¹³² *Ibídem*, p. 7.

¹³³ Comunicado de Prensa Núm. 445/20, del 30 de septiembre de 2020, Página 1/2, El INEGI presenta resultados de la estadística de divorcios 2019, pp. 4 y 7.

estadística, ya que, si bien suma o restan números, en el fondo no se resuelve la problemática o de otro modo no habría tantas controversias del orden familiar.

La custodia compartida puede ser una buena opción o incluso excelente, cuando los padres tienen madurez y asumen la responsabilidad de los hijos, dejando de lado sus diferencias y concentrándose en sus hijos, pero no solo se trata de eso, sino de que los padres se ajusten a los hijos no los hijos a los padres, de tal modo que la separación o el divorcio sea lo más llevadera posible y las rutinas no tengan por qué ser modificadas. Es importante tener en cuenta que es un gran compromiso este tipo de custodia, debido a que la buena relación y puntos de acuerdo juegan un papel sumamente importante, así como el respeto entre ambos, y el respeto que merecen sus hijos a que también se les escuche, y tomar en cuenta sus opiniones.

4.2 La importancia de la custodia compartida en los padres que se encuentran separados

Este punto será breve, pero no menos trascendente. La importancia de la custodia compartida recae en los padres, y en la responsabilidad de la crianza compartida, pero sobre todo cariño, energía y paciencia para sacarla adelante. Primero que nada, el tomar la decisión de una crianza compartida es signo de que se puede lograr un acuerdo entre los padres, por las razones que sean, y una de estas es que tuvieron un hijo o hijos con la persona con la cual se terminó la relación de pareja, pero no así la relación de los padres con sus hijos.

Las dificultades propias del carácter pueden llevar a tener complicaciones en la socialización y en este caso en seguir con la convivencia; sin embargo, no es imposible, se puede hacer el esfuerzo por lograr que los hijos convivan con ambos, sin que tenga que ser una batalla campal, el amor

y el cariño a los hijos debe ser un punto de acuerdo para lograrlo, sin perder de vista los límites de paciencia de cada uno de los padres, y porque no también de los hijos. El respeto y la cordialidad es otro punto importante, sí de plano no se tolera estar cerca del padre o la madre, la convivencia se puede limitar al mínimo, con un saludo o despedida, sería suficiente.

El elemento principal de la custodia compartida es que no se pierdan las relaciones y vínculos afectivos entre padres e hijos que se encuentran separados o divorciados. Señala Ferrari y Zicavo¹³⁴ “que se minimizan los efectos nocivos del divorcio y se posibilita la cooperación y la solidaridad entre los padres, en la mancomunada labor de los padres”. En este sentido, la custodia compartida reviste de importancia al tratar de mantener la estabilidad emocional de los hijos, sobre todo por la confianza de que sus padres estarán para apoyarlos sin importar las circunstancias, tomando en cuenta la edad de los hijos, y la capacidad de procesar la nueva situación, además a mi consideración los puntos de acuerdo entre los padres serían una lección de crecimiento y cambio en la evolución de la familia.

Las ventajas de los padres con relación a la custodia compartida es que no hay una contienda, sino puntos de acuerdo, es decir nadie pierde, pero puede ser que todos ganen. El compartir las tareas de crianza equilibra los roles en casa, y permite que los padres desarrollen las actividades que desean, como son trabajar, salir, estudiar, descansar, conocer nuevas personas y hasta poner en marcha proyectos que tenía detenidos. Estas actividades suelen reconfortar más a la mujer, en el sentido de que por lo regular la crianza recae en ella. Uno de los puntos importantes, es que la dinámica de la custodia compartida recae en que ambos deben tener trabajo o por lo menos un ingreso para poder equilibrar la situación económica, esta

¹³⁴ Ferrari, J. y Zicavo, N, *op. cit*, p. 122.

situación facilita que exista un acuerdo en los temas económicos que suele ser el más complicado.

La educación en los hijos es un punto sumamente importante, por lo que la crianza compartida ayuda a sobrellevar las problemáticas que se puedan presentar, como son la toma de decisiones en determinados temas como podría ser alguna salida de la escuela a un parque, los talleres o actividades deportivas que le interesan a los hijos, etc. Pero principalmente, la mejor educación es que los hijos vean en sus padres, el esfuerzo que hacen por sacarlos adelante a pesar de que hayan cambiado las circunstancias entre ellos, la alegría de tenerlos juntos para él es la mejor felicidad para todos, después de todo antes se tomaban las mismas decisiones, no tendría por qué ser diferente ahora, ese es uno de los puntos que los padres no toman en consideración o simplemente se nos olvida.

4.3 Preferencias infantiles sobre su custodia

Mucho se habla de que la opinión de las niñas, niños y adolescentes es un factor importante para determinar la custodia de los hijos; sin embargo, para que hoy en día se pueda llevar a cabo la escucha se deben de cumplir algunos requisitos que pueden variar dependiendo la legislación, pero en su mayoría son: que pueda emitir una opinión de manera libre, y su grado de madurez para poder expresarla. La existencia de un equipo de apoyo como son psicólogos y trabajadores sociales, así como personal especializado en caso de que algún pequeño requiera de apoyo especial, son aspectos importantes para que su opinión pueda ser expresada y utilizada en los procesos en donde se decide su custodia. Así como para saber algún otro tipo de consideración por la que atraviesan como influencias, presión, tristeza, violencia, etc.

Cuando se habla de preferencia, es inevitable hablar de la alienación parental de la cual nos referimos en el Primer Capítulo, dejando claro que no se trata de un síndrome, pero sí de una manipulación que pueden ejercer los

padres o alguno de ellos para con los hijos y desacreditarse entre ellos, surge al momento de la separación o el divorcio e incluso antes de que suceda, por lo que al no estar reconocido sólo puede ser determinado por profesionales, de ahí de que un experto como un psicólogo realice las entrevistas con las niñas, niños y adolescentes.

Las decisiones judiciales al momento de otorgar la custodia de los hijos se deben realizar con base en las consideraciones y variables como factor importante de cada miembro de la familia, es por ello, que no se puede aplicar de manera general sino particular, es decir caso por caso para la atribución. Es muy importante la escucha de las niñas, niños y adolescentes como integrante de la familia; conocer la importancia de su deseo puede hacer la diferencia de una buena o mala decisión en su custodia.

Un trabajo realizado en España señala que “las madres son más reclamadas que los padres, por las necesidades relacionadas con la seguridad, efecto, comunicación y organización de las rutinas. Los menores reclaman a sus padres cuando desean compartir un espacio lúdico o cuando necesitan seguridad. Las preferencias infantiles discriminan no sólo por sexo de los padres, sino también por sexo de los menores. Así, las madres son reclamadas por igual tanto por niños como por niñas, mientras que los chicos reclaman más a sus padres que las niñas. Asimismo, las preferencias infantiles dependen del tipo de custodia. En la custodia compartida los menores, independientemente del sexo, reclaman en mayor grado a sus padres que en custodia única. Estas diferencias son más acusadas en las niñas, quienes reclaman mucho menos a sus padres en custodia única”¹³⁵.

De igual forma, este criterio no puede ser general, sino observar y estudiar las circunstancias de cada familia y sus necesidades podrán aportar

¹³⁵ Alcántara Ruiz, Rafael, *op. cit*, p. 42.

la información necesaria para poder tomar la mejor determinación para el otorgamiento de la custodia del o los hijos.

4.4 La importancia de la familia

Como se ha visto a lo largo de los años el concepto de familia ha evolucionado, los cambios de un modelo tradicional o nuclear conformado por mamá, papá e hijos ha sido rebasado por mucho. En la actualidad existen varios tipos de familias; sin embargo, aunque debieran gozar de los mismos derechos, en la normativa jurídica existe una lamentable diferenciación del trato a ellas. La propia evolución de la familia se debe a cambios sociales, demográficos, políticos, envejecimiento de la población, disminución en la procreación, esperanza de vida, escolaridad, inserción de la mujer y del hombre en campo laboral, falta de ingresos económicos, disminución de los matrimonios, aumento de divorcios entre muchos otros factores arrojan a la propia familia a su adaptación a las nuevas circunstancias.

La familia aún se considera célula básica de toda sociedad, con la integración e interacción de personas que cohabitan bajo un mismo techo, que puede estar o no unida por lazos consanguíneos o de parentesco. Con la propia evolución la familia ahora no es solo la considerada con vínculos de parentesco sino las personas que comparten un vínculo afectivo y de corresponsabilidad en el hogar, como son las labores domésticas y el cuidado de los hijos.

En este sentido para observar los cambios y la evolución de la familia, en el Censo de Población 2020, se empleó el concepto de hogar censal definido como la unidad formada por una o más personas vinculadas o no por lazos de parentesco, que residen habitualmente en la misma vivienda particular; alcanzaron la cifra de 35 millones 219 mil 141. En México, 87 de cada 100 hogares son familiares, mientras que el resto está compuesto de otras formas. El conteo arrojó que 71 por ciento de los hogares son nucleares,

es decir, integrado por mamá, papá e hijos; mamá o papá con hijos; o pareja sin hijos. Además, 28 por ciento son ampliados, lo que significa que además de la familia nuclear también residen otros familiares como tíos o abuelos; y 1 por ciento es compuesto, o sea, constituido por una familia nuclear o ampliada y al menos una persona sin parentesco¹³⁶.

De cada 100 hogares no familiares, 95 son unipersonales o integrados por una sola persona; y cinco son corresidentes, integrados por dos o más miembros sin relación de parentesco con la jefa o jefe del hogar. En esta última clasificación, aclara la académica universitaria, entran los *roomies* y quienes habitan en instituciones de asistencia, por ejemplo, personas mayores¹³⁷.

Así como hay madres solteras hay padres solteros, en ambos casos se puede deber a muchas circunstancias, y no precisamente a un divorcio o a un abandono, las redes de apoyo que en estos casos suelen generarse por las abuelas, hermanas, tías o algún familiar cercano suelen ser de gran soporte para cumplir y desarrollar el rol de madre o padre, así como la manutención y el cuidado de los hijos. En la actualidad la misma evolución de la familia da entrada otras formas de convivencias como son las parejas homosexuales, o las creadas con apoyo de la inseminación artificial, gestación subrogada, adopciones internacionales, etc.; otras variantes de la custodia, en este caso la compartida, la promoción de la tolerancia y la comprensión hacia los nuevos modelos de familias es la base para la adopción de manera integradora más no impositiva, así como la generación de nueva legislación permitirá que la sociedad funcione de manera integral.

Hoy en día parte de la población nos inclinamos por un modelo de familia igualitario, es decir, en el que hombres y mujeres seamos

¹³⁶ Boletín UNAM-DGCS-414, “*Evoluciona el concepto de familia*”, 14 de mayo de 2021, https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2021_414.html

¹³⁷ *Ídem*.

corresponsables de las obligaciones y responsabilidades que incumbe a la obtención y generación de ingresos, así como a la realización de tareas domésticas, y el cuidado de los hijos. Al platicar con amigas en un rango de edad entre 30 y 45 años que trabajan y tienen hijos, la familia ideal sería una en la que ambos padres trabajan y participan en la economía familiar, en las tareas domésticas, y a la vez cuidan de sus hijos, la coparentalidad, esa participación de ambos para el logro de todos. Se podría escuchar imposible llegar a este tipo de familia, pero existen en la custodia compartida, mediante la generación de acuerdo entre los padres; sin embargo, estos acuerdos se llevaban a cabo desde antes de la separación o divorcios, y ahora no tendría por qué ser diferente, todo por mantener la estabilidad de manera general en la familia.

4.5 El divorcio ideal

En la actualidad hablar de divorcio es algo normal cuando las parejas no encuentran solución a sus problemas conyugales o de pareja. Cuando se habla del divorcio ideal y todas las variantes de custodia que se pueden dar, en España se inclinan por el modelo de custodia compartida en un 62% en la que padres y madres compartan tiempo y cuidado de los hijos, por encima de la custodia materna con un 17.2 % y la paterna con un 0.8 % ¹³⁸.

Si lo comparamos con México, los datos proporcionados por el *Instituto Nacional de Estadística y Geografía por su acrónimo INEGI* son que en el 49.6% se otorgó la custodia a uno de los divorciantes, en el 43.9% no se le otorgo a ninguno, y solo el 4.5% fue concedida a ambos divorciantes. Podemos observar que los datos señalan que la responsabilidad económica, tareas domésticas, cuidado de los hijos, trabajo y demás recae en su mayoría en uno solo de los padres.

¹³⁸ Alcántara Ruiz, Rafael, *op. cit*, p. 46.

No hay fórmulas ni problemas generales, sin importar el tipo de custodia que se tenga sin la madurez, la responsabilidad, el compromiso, la tolerancia, y sobre todo el cambio de pensamiento en los padres, ninguna de ellas será benéfica para la familia. La falta de conocimiento en los tipos de custodia y lo que cada una implica hace difícil tomar la mejor decisión al momento de la separación o el divorcio.

El divorcio ideal a mi punto de vista es aquel donde a pesar de las circunstancias ambos padres comprenden que dejar de ser una pareja no quiere decir dejar de ser padre, ni tampoco que seas una mala pareja quiere decir que no quieras a tus hijos; sin embargo, se piensa que la custodia compartida implica tener a los hijos unos días sin mayor responsabilidad, y la realidad es que no es así, implica que ambos padres tengan la responsabilidad de los hijos por igual, es decir, llevarlos a la escuela, hacer el desayuno, cumplir con las tareas de la escuela, tener su ropa limpia, asearlo, cumplir con las labores domésticas, cuidado, juegos, brindarle todo lo que necesite en ambas casas o donde se encuentren por igual, y que cada uno asuma el rol de padre que le corresponde.

4.6 Tipos de custodia compartida

Optar por la custodia compartida es reconocer que tanto el padre como la madre tienen los mismos derechos y obligaciones con los hijos. Ferrari y Zicavo, señalan que no existe un solo modelo para asumir la corresponsabilidad parental posdivorcio, y de acuerdo con la fuerza de la práctica y el devenir, muchos padres ejercen diferentes tipos de crianza sin siquiera percatarse que se encuentran innovando en el proceso, de manera que los modelos practicados se pueden clasificar en¹³⁹:

¹³⁹ Ferrari, J. y Zicavo, N, *op. cit*, pp. 53 y 54.

1. *Crianza Compartida del Nido*. Ocurre cuando los hijos permanecen en el hogar conyugal (en el nido) y quienes se ausentan durante periodos alejados son ambos padres. Esto permite que no cambien de ambiente; sin embargo, esta modalidad conlleva a varios conflictos ya que desestabiliza la armonía del grupo, también se puede dar cuando uno de los padres trabaja muy lejos del hogar, regresando por periodos determinados y generando dinámicas familiares diferentes.

2. *Crianza Compartida Constante*. Ocurre cuando la custodia legal se comparte, pero los niños residen exclusivamente con uno de sus padres, manteniendo el acceso libre y una relación fluida con el padre que no vive. No existen limitaciones de régimen de visitas o convivencia. Se comparten las decisiones y responsabilidad de todos los asuntos que involucren a los hijos, esta modalidad requiere mucha madurez y ecuanimidad entre los padres.

3. *Crianza Compartida de Alternancias*. Se da cuando existe corresponsabilidad de ambos padres y permanencia física de los hijos, se dividen en intervalos similares (alternos) en el hogar de cada padre, asumiendo las diferentes realidades y relaciones, sin perder espacios de convivencia cotidiana.

Estos modelos que nos proponen son los que se han implementado en la práctica, pero no quiere decir que los padres no puedan generar un nuevo modelo de acuerdo a las necesidades de cada familia. Es importante que los padres cuando optan por la custodia compartida tengan en cuenta que no solo es el hecho de cuidar a los hijos, sino de todas las responsabilidades que conlleva educarlo, alimentarlo, asearlo, ayudarlo con sus tareas, actividades extras a las que asista, etc. Es decir, debe de existir corresponsabilidad en todas y cada una de las obligaciones y responsabilidades para con los hijos, tratando de que exista un equilibrio.

Por otra parte, en España las modalidades de custodia compartida que proponen son: a) los progenitores disponen de su propia vivienda y los hijos

se trasladan, es la opción preferida, y b) los hijos permanecen en la vivienda y los progenitores son los que rotan; establecen que la segunda modalidad resulta funcional y práctica en la primera fase de la ruptura familiar, pero es inviable a mediano plazo, una vez que nuevas personas se van incorporando a la estructura familiar¹⁴⁰. Lo que me pareció interesante es que los españoles están de acuerdo con que sea el tribunal quien resuelva la alternativa de custodia más adecuada con la preferencia de la compartida e incluso legitimar para hacerlo sin necesidad de que exista acuerdo de ambas partes. Sin embargo, no podemos hacer responsables a los jueces en su totalidad cuando cada familia sabe sus necesidades específicas, y deberían ser capaces de acordar las cuestiones básicas que se necesitan para el desarrollo funcional de la familia.

En cuanto a la clasificación o tipos de custodia compartida, Oliva Gómez citando a Méndez Corcuera¹⁴¹, señala que con relación al domicilio existen dos criterios, estos son: *Custodia compartida permaneciendo los hijos en el mismo domicilio*. Los menores permanecen en el domicilio familiar y ambos progenitores mantienen domicilios diferentes, acudiendo en momentos distintos el padre o la madre, según lo establecido judicialmente; *Custodia compartida con cambio de residencia de los hijos*. Ambos progenitores mantienen domicilio separado y es el menor quien cambia de lugar, ya sea cada día, semana, mes o año, a efecto de que cada progenitor se haga cargo de su cuidado y asistencia.

De igual forma Oliva Gómez, citando a Gallardo Rodríguez¹⁴² destaca la modalidad de la *custodia compartida sin cambio de residencia para los hijos*, modalidad que se identifica como “*nido de pájaro o Bridnesting*”, presenta una

¹⁴⁰ *Ídem*.

¹⁴¹ Oliva Gómez, Eduardo, “Derecho de Familias” *op. cit*, p. 561.

¹⁴² *Ídem*.

serie de ventajas e inconvenientes, ventajas para los hijos, desventajas para los padres. Con relación a las ventajas establecen que protege el interés superior del menor, en virtud de que les evita cambios continuos de domicilio, manteniéndolos en un mismo entorno, dándoles estabilidad y seguridad. Y la desventaja es que obliga a los progenitores a mantener tres viviendas, una en la que cada progenitor tenga su residencia, y la familiar común, resultando costoso.

Algunos puntos importantes que menciona Oliva Gómez¹⁴³ con relación a la custodia compartida es que está sustentada en un acuerdo de voluntades en donde la cooperación y la comunicación asertiva son la base. Los acuerdos no son sencillos, ya que por algo se separaron, lo que implica que en la tenencia de la custodia compartida deben mejorar los aspectos que no funcionaron en la relación, ahora como padres y no como pareja. Puede ser difícil pero no imposible, la modalidad de custodia compartida constituye el mecanismo más eficaz para el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, debido a que permite ejercer de manera continua su derecho a crecer y convivir junto a sus padres en condiciones similares antes de la separación o divorcio.

Una consideración importante es que la figura de la custodia compartida solo se contempla en el divorcio dejando de lado a otro tipo de hipótesis como son las parejas unidas en concubinato, progenitores sin ningún vínculo entre ellos o parejas que aún vinculadas en matrimonio se separan sin desear el divorcio, pero tiene la necesidad de resolver la situación de pareja. La forma en que se encuentra contemplada es solamente bajo la celebración de un convenio, se entiende que deja impedido al juzgador para decretarla en una sentencia judicial, aún en oposición de los progenitores, pero sustentada en el

¹⁴³ *Ibídem*, p. 563.

interés superior del niño, cuando se considera que la mejor opción para su desarrollo.

4.7 Custodia compartida y la distribución Socio-Laboral

Cuando hablamos de la distribución socio-laboral entre hombres y mujeres podemos observar que el cuidado de los hijos apenas afecta a la población masculina, mientras que las madres utilizan sus permisos laborales para atender circunstancias relativas a sus hijos. De acuerdo con algunas estadísticas la desigualdad entre hombres y mujeres está muy relacionada con el cuidado de los hijos, situación que puede influir negativamente en el ejercicio de la coparentalidad.

En México la población de mujeres activamente económica en abril de 2022 fue de 40.1 %, que corresponde a 23.8 millones de mujeres trabajadoras, mientras que en los hombres es del 35.6 millones, destacando el hecho de que el papel de las mujeres es más bajo, si se toma en cuenta que el 51% de los mexicanos son mujeres. En el caso de la distribución sectorial el 48.21% del sector terciario lo ocupan las mujeres, y en los sectores primarios y secundarios cuenta con un dominio masculino con en 70% de ambos, la participación económica disminuye en los sectores agrícolas. En cuanto a los ingresos hay una notable diferencia, los hombres en promedio ganan 8.500 pesos mexicanos y las mujeres 7.420 pesos, los hombres reciben un 15% más que las mujeres. La tasa de informalidad en enero de este año fue de 6.4 puntos porcentuales superior en las mujeres¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Statista Research Department, “México: población económicamente activa en abril de 2022, por género”, 29 de junio de 2022, <https://es.statista.com/estadisticas/1296242/mexico-poblacion-economicamente-activa-por-genero/>

A pesar de que existe un desequilibrio en cuanto a la cuestión laboral, las mujeres desempeñan un papel importante en el cuidado de los hijos; el crecimiento de las familias con doble ingreso, es decir que trabajan ambos padres cambia completamente la organización de la familia. En la custodia compartida ocurre esta dinámica, y se debe tomar en cuenta la organización de las responsabilidades económicas y el cuidado de los hijos, rompiendo el modelo patriarcal en el que el hombre era el sustentador y la mujer se quedaba al cuidado de los hijos y las labores domésticas.

En este sentido lo más relevante es la participación de los hombres en actividades como son el cuidado de los hijos, de miembros de la familia, reparaciones en casa, hacer compras, cocinar, entre otras. La coparentalidad no solo es la realización de tareas domésticas, sino todo lo que implica el cuidado y desarrollo de los hijos, así como el cumplimiento de tareas propias de la casa, escuela y trabajo, es como si en un punto se pensara que todo depende una sola persona para el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades de manera general.

4.8 Familia negociadora

Cuando hablamos de una familia negociadora, nos referimos a un tipo de familia en la que aparecen procesos de individualización, caracterizado por relaciones más democráticas e igualitarias entre los miembros¹⁴⁵. En este sentido la custodia compartida se encuentra próxima a este modelo de familia, debido a que deben de existir acuerdos para lograr la convivencia y la participación de ambos padres en el mercado laboral, trabajo doméstico y la educación de los hijos.

¹⁴⁵ Ruiz Callado, Raúl y Alcázar, Rafael, “Custodia compartida y familias negociadoras: perfil socio-demográfico”, *Revista de Ciencias Sociales (RCS)*, vol. XXIII, no. 3, julio-septiembre, año 2017, pp. 28-38, p. 31.

En España se realizó un estudio con variables como son “nivel de estudios de los padres, situación y actividad laboral, así como la segregación de roles en el cuidado de los hijos como factores para la atribución de la custodia compartida”. Como resultado del estudio, se determinó que el nivel de estudios universitarios de los padres es un factor determinante para la custodia compartida; de igual forma la custodia compartida es más frecuente cuando ambos padres trabajan, es poco probable que se otorgue en casos de desempleo. En cuanto a la coparticipación en función al cuidado de los hijos y tareas domésticas es un factor relevante, ya que aparece como indicador constante para este tipo de custodia¹⁴⁶.

Sin duda la evolución de la familia va adquiriendo rasgos individuales adaptándose a las circunstancias, factores como disponibilidad de horarios, preferencias de los menores, cuidado primario de los hijos, diálogo entre los progenitores, vínculo afectivo de los menores con sus padres, arraigo familiar y escolar son elementos que los tribunales toman en cuenta al momento de otorgar la custodia compartida. El cambio de roles en función del género, el desgaste en la ideología patriarcal ha dado lugar a un reparto de responsabilidades entre los progenitores, requiriendo de una mayor negociación entre ellos, para lograr más calidad y equidad en los intercambios.

Los criterios antes señalados no son fáciles de cumplir, ya que la custodia compartida exige que ambos progenitores tengan un bajo nivel de conflicto y buena comunicación incluso antes del divorcio, es importante que tomen en cuenta la opinión de los hijos para la determinación, pudiendo evitar una mala decisión y otras complicaciones más adelante, pero sobre todo el reconocimiento que deben otórgales a sus hijos como titulares de derechos.

¹⁴⁶ *Ibíd*em, pp. 33-36.

PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación se ha realizado desde la doctrina, la aplicación de leyes, de instrumentos internacionales, de la consulta a la jurisprudencia y de los criterios de la Corte, los cuales han sido útiles para construcción de una propuesta tendiente a resolver la problemática que se da en el caso de niñas, niños y adolescentes que atendiendo a su interés superior manifiestan su disposición y voluntad para quedar confiados bajo una custodia compartida, y con ello no verse privados en ningún momento de presencia constante que tenían de manera cotidiana con su mamá y papá.

Sin embargo, cuando los progenitores no celebran un convenio judicial en donde manifiesten su conformidad, el juez se ve imposibilitado para decretar la custodia compartida en la sentencia debido a que el modelo jurídico actual solo permite que la custodia compartida sea por convenio expreso de las partes. De tal forma que cuando niñas, niños y adolescentes, inclusive en el ejercicio de su derecho a manifestar su opinión ponen de manifiesto que ellos quieren seguir conviviendo con papá y mamá como lo venían haciendo de manera normal, sí el convenio no lo establece no existe la posibilidad de que por resolución judicial se conceda.

En todo tipo de controversias donde se ponen en discusión los derechos a los intereses de las niñas, niños y adolescentes deben considerarse el interés superior, la manifestación de su opinión, y de acuerdo con la capacidad progresiva apoyarlos para tener participación. En la *custodia compartida* estos elementos no son considerados, es decir, no se aplica un control de convencionalidad, porque la custodia compartida sólo puede darse si hay acuerdo de partes, dicho convenio dista mucho de lo que los hijos quieren y de sus derechos.

En este sentido debe existir un equilibrio, y la custodia compartida debe convertirse en ese arranque cultural, ya que se podría interpretar que las

figuras paternas o maternas son a conveniencia de las circunstancias, esta situación se expresa en las leyes al no permitir que las niñas, niños y adolescentes tomen sus decisiones, o se ven limitados dependiendo de la legislación por su edad que va entre los 7 o 12 años, al decir que los menores o mayores de esa edad deberán quedar al lado de la madre de manera preferente, creando una mitificación sobre la madre y una desmitificación sobre el padre.

Ahora bien, si lo idóneo es que las niñas, niños y adolescentes crezcan al lado de ambos progenitores, la *custodia compartida* es el mecanismo idóneo. Lo que se pretende con este tipo de custodia es equilibrar las circunstancias, ya que sí el interés superior de las niñas, niños y adolescentes es la presencia constante con ambos progenitores y las condiciones de crianza lo permiten, la custodia compartida debe de estar a pesar de que no exista convenio entre los padres, porque el convenio solo atiende sus intereses.

Por lo anterior, se llevaron a cabo entrevistas a jueces y juezas del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos especializados en materia familiar, como fue en Cuernavaca de manera parcial, ya que los juzgados de Jojutla, Cuautla y Jiutepec tenían constante rotación de personal lo que obstaculizó el apoyo, además de la falta de empatía y tiempo para el desarrollo de las entrevistas. Y para reforzar, se realizaron entrevistas a litigantes en el ejercicio de la libre profesión con la finalidad de aportar información actual y real sobre la custodia compartida.

Las preguntas que se formularon fueron las siguientes: 1.- En su opinión ¿Es claro lo que se entiende por custodia compartida?; 2.- ¿Bajo qué circunstancias solicitan la custodia compartida?; 3.- ¿Qué tanta participación tiene en el proceso de custodia compartida las niñas, niños y adolescentes?; 4.- ¿Con qué frecuencia se otorga la custodia compartida en relación con la monoparental?; y 5.- ¿Cuál es su opinión sobre la custodia compartida?

Las respuestas fueron las siguientes, a la pregunta uno manifestaron que sí se entiende que significa la custodia compartida, pero con un conocimiento previo de Derecho; a la segunda pregunta, la respuesta fue que se solicita rara vez en casos de divorcio y bajo circunstancias específicas, como son el acuerdo entre los padres, la cercanía en los domicilio, la buena relación para garantizar la igualdad de condiciones, que no exista peligro para los hijos, entre otras; a la tercer pregunta en su mayoría fue que no existe participación en los procesos de custodia compartida de las niñas, niños y adolescentes, ya que son los padres quienes deciden, debido a que es una figura poco utilizada, y en muy pocos casos cuando los hijos son mayores entre 15 y 17 años son más activos en la decisiones.

En cuanto a la pregunta cuatro en su general respondieron que es mayor la custodia monoparental en relación a la compartida, debido a que es una figura poco conocida y tiene que cumplir con ciertos requisitos; y finalmente a la quinta respondieron que la custodia compartida es una figura adecuada que permite la convivencia con ambos padres; sin embargo, hay que tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

Es importante señalar que hay muchos aspectos que se pueden abordar desde un punto de vista doctrinal, pero a la vez de disciplinas transversales como la psicología que vinculadas podemos inferir patrones de comportamiento en las familias que se benefician con la custodia compartida, y con ello que cada uno de los que intervienen en el proceso sean partícipes y entiendan cuáles son sus obligaciones y responsabilidades para llevarla a cabo.

A lo largo de la construcción de la presente tesis y de su contenido, como se ha podido observar, la figura de la custodia compartida tiene elementos muy importantes que deben ser tomados en consideración al momento de otorgarla; lo que nos lleva a formular la siguiente propuesta de reforma al Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

Exposición de motivos:

La propuesta va encaminada a la protección del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, ya que actualmente el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, desarrolla de manera limitada la figura de la *custodia compartida*, de manera que los operadores jurídicos y quienes la solicitan en muchas ocasiones desconocen el concepto, aplicación y alcance. En este sentido, una de las razones de esta propuesta es la escucha de las niñas, niños y adolescentes en los procesos en donde prácticamente su participación es nula, cuando debería ser un requisito fundamental.

Es importante recordar que cada cabeza es un mundo y que debemos partir de que las niñas, niños y adolescentes son capaces de formarse una opinión de los asuntos que les afectan, y muchos más de las condiciones y características de donde viven y se desenvuelven, los lazos que existen entre ellos, así como la presencia de manera normal; es más fácil obtener información real de los hijos que de los padres, y esto solo puede ocurrir al tener una plática con ellos.

Es por ello, que la opinión de las y los hijos juega un papel importante en la toma de decisiones sobre la custodia, y es en ese momento cuando los jueces al estar facultados para decretarla pueden echar mano de personal capacitado que pueda guiarlos en la búsqueda de respuestas en atención al interés superior, independientemente de la edad. No podemos señalar una edad en particular sobre los hijos, ya que el desarrollo emocional, físico, social y psicológico de cada uno es independiente, partiendo de que son capaces de formarse una opinión propia.

En este sentido, la apertura a nuevas formas de custodia es benéfica para la sociedad en general, ya que permite adaptarse a los nuevos modelos y necesidades de las familias. La custodia compartida es ese equilibrio de roles entre madres y padres desmitificando lo que tradicionalmente le correspondía

hacer a cada uno. Es por ello que la custodia compartida surge como una propuesta viable en los casos de niñas, niños y adolescentes que quieran seguir conviviendo de manera normal con sus progenitores lo sigan haciendo, sin que exista un convenio de por medio, y esta pueda ser decretada mediante sentencia judicial por el juez de lo familiar en atención al interés superior, y previo a que se tengan los elementos y condiciones necesarias para este tipo de custodia.

Por lo anterior, la necesidad de crear mecanismos en favor de las niñas, niños y adolescentes viene de la falta de desarrollo e implementación de figuras como la *custodia compartida*, debido a que pese a las reformas que se han realizado al Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, la guarda y custodia no ha tenido evolución. El 10 de febrero de 2021, se reformó el artículo 222 del Código antes citado, en el que se contempló que los hijos mayores de 12 años decidirán cuál de sus progenitores ejercerá su custodia, y en el caso de los menores de 12 años, el juez de lo familiar una vez que preferentemente los haya escuchado y, procurando en todo momento salvaguardar el interés superior del niño, determinará cuál de los progenitores ejercerá la custodia. No obstante, a lo anterior la reforma no logra llenar los espacios que existen.

En el mismo sentido se reformó el artículo 223 del Código en mención, en el cual hace referencia a que se debe procurar en todo momento la custodia compartida de los hijos sin más argumento. De manera que la limitación que tiene este artículo en su esencia y comprensión es evidente, al no existir claridad en los supuestos que derivan.

Como se puede observar la figura de la *custodia compartida* es aún muy poco conocida y utilizada, tanto por quienes imparten justicia como por quienes la solicitan; la participación y opinión de las niñas, niños y adolescentes se ve limitada a la decisión de los padres, ya que no es requisito su opinión para

poder conceder la guarda y custodia. En consecuencia, la falta de conocimiento sobre la *custodia compartida* implica que la custodia monoparental siga en aumento y sea por mucho la que conceden los juzgadores, sin darle oportunidad a nuevas formas de custodia que pueden ser benéficas para los padres y para los hijos. Sin embargo, pese a esto la *custodia compartida* es una figura que permite que ambos padres puedan convivir con sus hijos en igualdad de circunstancias, tratando de que exista un equilibrio entre las obligaciones y responsabilidades, es decir, que exista corresponsabilidad.

Por lo anterior, y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes, y a sus derechos es importante realizar los siguientes ajustes al Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos con la finalidad de resolver la problemática que se da en el caso de que los hijos quieran convivir de manera normal con ambos progenitores, como a continuación se indica. Cabe destacar que la redacción que se adiciona se encuentra resaltada en negritas.

A LOS ARTÍCULOS 221, 222 Y 223 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS SE LES ADICIONA LO SIGUIENTE:

Texto Actual	Propuesta
<p>TÍTULO SEGUNDO DE LA PATRIA POTESTAD</p> <p>CAPÍTULO ÚNICO EFECTOS RELATIVOS A LA PERSONA DE LOS HIJOS</p> <p>ARTÍCULO 221.- CONTROVERSIA ENTRE LOS OBLIGADOS. En el caso de controversia entre los obligados, se deberán poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los que ejercen la patria potestad, debiendo ser uno de estos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente,</p>	<p>TÍTULO SEGUNDO DE LA PATRIA POTESTAD</p> <p>CAPÍTULO ÚNICO EFECTOS RELATIVOS A LA PERSONA DE LOS HIJOS</p> <p>ARTÍCULO 221.- CONTROVERSIA ENTRE LOS OBLIGADOS. En el caso de controversia entre los obligados, se deberán poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los que ejercen la patria potestad, siempre y cuando se haya escuchado previamente a las y los hijos con respecto al acuerdo, pudiéndose compartir la custodia. De no existir acuerdo</p>

<p>debiendo tomar siempre en cuenta la opinión del menor.</p>	<p>entre los progenitores, y en atención al interés superior de las y los hijos, el juez de lo familiar resolverá debiendo tomar en cuenta su opinión como requisito indispensable antes de conceder la custodia. Se deberán buscar los mecanismos adecuados y el personal capacitado para poder recabar las opiniones de las niñas, niños y adolescentes.</p>
<p>Artículo 222.- CUIDADO DE LOS MENORES. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los mayores de doce años decidirán cuál de sus progenitores ejercerá su custodia.</p> <p>Para el caso de los menores de doce años, el juez de lo familiar, una vez que preferentemente los haya escuchado y, procurando en todo momento salvaguardar el interés superior del niño, determinará cuál de los progenitores ejercerá la custodia.</p> <p>No será obstáculo para la preferencia en la custodia, el hecho de que la madre o el padre carezcan de recursos económicos.</p>	<p>Artículo 222.- CUIDADO DE LOS MENORES. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, y tomando en cuenta su opinión de acuerdo a su capacidad progresiva, se otorgará la custodia más conveniente en atención al interés superior.</p> <p>La capacidad progresiva en concordancia con el interés superior será determinada por personal capacitado o peritos asignados, quiénes determinaran si las o los hijos sin importar la edad que tengan están en condiciones de emitir su opinión antes de determinar la custodia que ejercerán los progenitores. De encontrarse en condiciones, será requisito indispensable su escucha.</p> <p>No será obstáculo para la preferencia en la custodia, el hecho de que la madre o el padre carezcan de recursos económicos.</p>
<p>ARTÍCULO 223.- CONTENIDO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA. La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según sea el caso.</p> <p>Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los hijos e hijas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee, podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y</p>	<p>ARTÍCULO 223.- CONTENIDO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA. La sentencia que se pronuncie, en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según sea el caso.</p> <p>Se entenderá por <i>custodia compartida</i>; aquella en la que ambos progenitores tienen la custodia legal y física del o los hijos, teniendo corresponsabilidad en la educación, formación, manutención, y todas las actividades relacionadas con la crianza, así como las labores domésticas que se requieran para su cuidado, salud y ambiente en el que se desarrollen.</p>

<p>aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.</p> <p>La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias de haya perdido, siempre y cuando acredite que se ha cumplido con dicha obligación.</p> <p>Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.</p>	<p>Se entiende por <i>autonomía progresiva</i> como la capacidad de asumir una postura sustentada y razonada para decidir sobre los asuntos que le conciernen en la medida que va alcanzando un grado de madurez y juicio crítico de la situación familiar por la atraviesa.</p> <p>Se deberá procurar en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los hijos e hijas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres. La custodia compartida será decretada por el juez de lo familiar mediante sentencia judicial, ya sea por acuerdo entre los padres o cuando no exista, pero se den las condiciones y así lo expresen las y los hijos en atención al interés superior y a su capacidad progresiva.</p> <p>Debiendo establecer reglas claras sobre los cuidados y necesidades de cada uno del o los hijos, sin que sea una limitante el tiempo, tratando de que las condiciones sean las mismas a las que venían realizando antes del divorcio o separación.</p> <p>La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando acredite que se ha cumplido con dicha obligación.</p> <p>Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.</p>
--	--

CONCLUSIONES

1.- El interés superior de las niñas, niños y adolescentes debe ser el límite de protección para los padres y los juzgadores al momento de emitir una resolución que afecte sus intereses.

2.- La capacidad y la autonomía progresiva van de la mano; es decir, la autonomía progresiva es la capacidad que tiene toda niña, niño y adolescente para decidir e intervenir en los asuntos que le afectan como persona.

3.- La figura de la custodia compartida en los distintos códigos nacionales aún es desconocida, por lo que es necesario realizar un estudio más profundo y crítico, sobre todo en un contexto de derechos humanos, mediante el cual se puedan obtener los sustentos suficientes que permitan su reglamentación en las legislaciones respectivas.

4.- Se deben otorgar facultades en favor del juzgador para que pueda conceder la guarda y custodia compartida en favor de las y los hijos, cuando se determine que es lo más conveniente para su desarrollo biopsicosocial, aún y cuando no estén de acuerdo los progenitores.

5.- La custodia compartida no puede ser otorgada ni aplicada como fórmula general, se debe estudiar caso por caso.

6.- La opinión de las niñas, niños y adolescentes al momento de que el Juez otorgue la guarda y custodia debe ser considerada como requisito fundamental antes de dictar sentencia.

7.- La figura de la custodia compartida tiene grandes beneficios, como son la unión entre padres e hijos, presencia constante, equilibrio emocional y de roles entre los progenitores.

8.- En el ámbito internacional el interés superior de las niñas, niños y adolescentes es un derecho que debe ser sopesado entre distintos intereses

garantizando que se ponga en práctica antes de tomar una decisión que afecte sus derechos.

9.- Se deben garantizar condiciones de igualdad en el acceso a sus derechos de todas las niñas, niños y adolescentes, ya que darles un trato igual que los adultos los colocaría en una situación de desigualdad, ponderando las características particulares de cada uno de ellos.

10.- La introducción de mecanismos de acceso a la información con el apoyo de expertos es un aspecto fundamental para que las niñas, niños y adolescentes puedan ser escuchados en los procedimientos judiciales y de esta forma tener una participación activa.

11.- La falta de conocimiento sobre los tipos de guarda y custodia que en la actualidad existen, tanto de los juzgadores como de los progenitores, implica que la decisión sea más difícil al momento de la separación o el divorcio.

12.- Falta de conocimiento en las obligaciones, responsabilidades y retos que enfrenta la custodia compartida.

13.- Por lo anterior, se puede concluir que la propuesta es viable porque sienta las bases sobre la custodia compartida, concepto, características y aplicación, las cuales no son contempladas en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Bibliográficas

- Aguilar Cavallo, Gonzalo, *“El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, Chile, vol. 6, núm. 1, 2008.
- Alcántara Ruiz, Rafael, *“Custodia compartida y cambio social. La construcción social de la custodia compartida”*, Tesis de Doctorado, por la Universidad de Alicante, España, año 2020.
- Baeza Concha, Gloria: *“El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”*, *Revista Chilena de Derecho*, 2011, vol. 28, núm. 2.
- Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, Derecho de familia, colección *Textos jurídicos universitarios*, México, Oxford University Press, 2008.
- Barcia Lehmann Rodrigo, *“Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo [Primera Parte]”*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 153, septiembre-diciembre 2018.
- Boletín UNAM-DGCS-414, *“Evoluciona el concepto de familia”*, 14 de mayo de 2021, https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2021_414.html
- Catalán Frías, M.^a José, et. al., *“La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. debate entre psicología y derecho”*. *Anuario de Psicología Jurídica* 17, 2017.
- Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C. (CIDE), *“La Suprema Corte y el síndrome de alienación parental”*, junio 2017, Disponible en <https://acortar.link/c47ApR>, consultado el 12 de junio de 2021.
- Comité de los Derechos del Niño. Disponible en <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>, consultada el 23 de marzo de 2022.

Compilación de fundamentos útiles para la aplicación del *“Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes”*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Año 2014.

Comunicado de Prensa Núm. 114/21, del 12 de febrero de 2021, Página 1/2, INEGI, Estadística a propósito del 14 de febrero, Datos Nacionales.

Comunicado de Prensa Núm. 445/20, del 30 de septiembre de 2020, Página 1/2, El INEGI presenta resultados de la estadística de divorcios 2019.

Conceptos jurídicos: *Guarda y Custodia*. Disponible en <https://acortar.link/yhlxe8>, consultado el 27 de mayo de 2021.

De Ferrari Vial y Curihuinca Santiago, *“Compendio de observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño”*, Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI), año 2018.

De Pina, Rafael, Derecho Civil Mexicano, 15ª. Ed., México, Porrúa, 2010, vol. 1.

Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Disponible en www.cndh.org.mx, consultada el 22 de marzo de 2022.

Declaración Mundial Sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, consultada en <https://www.cndh.org.mx>, el 25 de abril de 2022.

Declaración y Programa de Acción de Viena, consultada en <https://www.ohchr.org>, el 19 de abril de 2022.

Del Valle Cobar, Dora Ruth. et al., Convención Internacional sobre Derechos del Niño, versión comentada, Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos COPREDEH, Guatemala, 2011.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho civil. Familia, México, Porrúa, 2008.

Fernández Espinoza William Homer, *“La Autonomía Progresiva del Niño y su Participación en el Proceso Judicial”*, VOX JURIS, Lima, Perú, 34 (2), 2017.

Ferrari, J. y Zicavo, N, Padres separados. *“Cómo criar juntos a sus hijos”*, Trillas, México, reimpresión 2012.

Gómez de la Torre Vargas Maricruz, *“Las implicaciones de considerar al niño sujeto de derechos”*, Revista de Derecho (UCUDAL), Universidad de Chile, Chile, 2da época, año 14, Núm. 18.

González Contró Mónica, *“La Reforma Constitucional Pendiente en Materia de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”*, Revista Cuestiones Constitucionales, Núm. 20, enero-junio 2009.

_____, *“Derechos de los Niños y las Niñas”*, México, UNAM, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revoluciones de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

_____, *“El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto Mexicano”*, México, UNAM, 2011.

González Reguera Elizabeth, *“Guarda y Custodia del Menor”*, Panorama Internacional de Derecho de Familia, Tomo I, UNAM, México, 2006.

Hablemos de participación infantil UNICEF, consultada en <https://www.ciudadesamigas.org>, el 02 de mayo de 2022.

Humanium ONG Internacional de Apadrinamiento de Niños, consultada en <https://www.humanium.org>, el 25 de abril de 2022.

Informe de Labores 2020- 2021, D. Rubén Jasso Díaz, Magistrado Presidente del Poder Judicial del Estado de Morelos.

Informe Nacional de Desarrollo Humano del PNUD, consultada en <https://www.mx.undp.org>.

Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforma la fracción VI del artículo 282 del Código Civil Federal, el 11 de febrero de 2022.

Jiménez García Joel, *“Código Civil para el Distrito Federal de 1928”*. Revista de Derecho Privado, nueva época, año II, núm. 5, mayo-agosto, 2003.

Martínez García C. y Del Moral Blasco C, *“Guía para la evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño”*, El Ministerio de Economía, Industria y competitividad, Madrid, España, Año 2017.

Montejo Rivero Jetzabel Mireya, *“Menor de Edad y Capacidad de Ejercicio: Reto del Derecho Familiar Contemporáneo”*, Revista sobre la infancia y la adolescencia, 2, pp. 23-36 marzo 2012.

- Observación General Núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC 14. GE13-44192.
- Oliva Gómez, Eduardo, *“La Aplicación del Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes en el caso del Divorcio de sus progenitores”*. Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana (Española), Núm. 13, agosto de 2020.
- _____, *“Derecho de Familias”*, Monografías, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2022.
- Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969.
- Ortega Giménez Alfonso, *“Kafala del Derecho Islámico: Concepto, Naturaleza Jurídica, Caracteres y Efectos Jurídicos en España”*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015.
- Periódico Oficial “Tierra y Libertad” es elaborado en los Talleres de Impresión de la Coordinación del Sistema Penitenciario de la Comisión Estatal de Seguridad. 6ª. Época, 5914.
- Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. Disponible en <https://www.rae.es/>.
- Red de Jóvenes por los Derechos Sexuales y Reproductivos, A.C. REDLAC México, <http://www.eligered.org/autonomia-progresiva/>.
- Reforma Constitucional por decreto. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx>, consultado el 09 de octubre de 2021.
- Richard A. Gardner, *“La relación entre el síndrome de alienación parental (PAS) y el síndrome de la falsa memoria (FMS)”*, The American Journal of Family Therapy, publicado en línea 2010, vol. 32, núm. 2.
- Ruiz Callado, Raúl y Alcázar, Rafael, *“Custodia compartida y familias negociadoras: perfil socio-demográfico”*, Revista de Ciencias Sociales (RCS), vol. XXIII, no. 3, julio-septiembre, año 2017.
- Saldaña Pérez, Jesús, *“La patria potestad en la actualidad”*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

- Statista Research Department, *“México: población económicamente activa en abril de 2022, por género”*, 29 de junio de 2022, <https://es.statista.com/estadisticas/1296242/mexico-poblacion-economicamente-activa-por-genero/>
- Suárez Blázquez, Guillermo, *“La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo”*, *Revista de Estudios Histórico-Jurídico*, Sección Derecho Romano, XXXVI, Valparaíso, Chile, 2014.
- Torre Cuadrada García-Lozano, Soledad, *“El interés superior del niño”*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, UNAM, vol. XVI, 2016.
- Vallejo Orellana, Reyes, y Sánchez-Barranco Vallejo, Fernando, y Sánchez-Barranco Vallejo, Pablo, *“Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos.”* *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Núm. 92, año 2004.
- Ventura-Robles Manuel E., *El valor de la Declaración de Derechos Humanos. The modern world of human rights/El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en honor de Thomas Buergenthal.*
- Villanueva Ruth, Coordinadora, *“Compilación, Observaciones del Comité de Derechos Humanos del Niño de Naciones Unidas relacionadas con Adolescentes que infringen la Ley Penal II”*, Comisión de los Derechos Humanos, México, vol. II, julio 2018.

Legislación

- Código Civil del Estado de Chiapas.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza.
- Código de Familia para el Estado de Sonora.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Familiar del Estado de Sinaloa.
- Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Coahuila de Zaragoza.
- Código Familiar del Estado de Sinaloa.

Código Familiar del Estado de Zacatecas.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

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

Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza.

Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Jurisprudencia

Amparo Directo en Revisión 1674/2014, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, Exp. Origen: D.C. 900/2013 relacionado con el D.C. 901/2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), "Temas Selectos de Derecho Familiar 2, Patria Potestad", Primera edición, noviembre 2010.

Tesis Aislada 1a. XLVII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 310.

Tesis Aislada 2a. CXVI/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p. 639.

Tesis Aislada 9ª. VII/2011, Época, 1ª. Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, febrero de 2011, p. 615, Registro digital 162808.

Tesis I.5o.C. J/32 9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro IX, junio de 2012, Tomo 2, p. 698.

Tesis I.5o.C.120 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2341.

Tesis, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vols. 205-216, Cuarta Parte, p. 144, Registro digital 240006.

Tesis, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vols. 217-228, Cuarta parte, p. 133. Reg. IUS. 239,556.

Organismos o Tribunales Internacionales

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención sobre los Derechos del Niño UNICEF, Comité Español, junio de 2006.
Disponible en www.unicef.es

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva OC-17/2002", de 28 de agosto de 2002.

Cuadernillo de Jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes, año 2017.

Observación General Núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC 14. GE13-44192.

Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969. Disponible en <https://www.cndh.org.mx/>.

Cuernavaca, Morelos a 03 de mayo de 2023.

MTRA. SANDRA GABRIELA INFANTE HERRERA
JEFA DE POSGRADO DE LA FDYCS
PRESENTE.

Estimada Mtra. Sandra

Hago referencia al oficio 150/04/2023 de fecha 24 de abril del año en curso, mediante el cual me comunica mi designación como miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis titulado **“ADICIÓN SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ESTADO DE MORELOS DESDE LA ÓPTICA DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES”**, para obtener el grado del Programa de Maestría en Derecho acreditado ante el PNPC (CONACYT), elaborada por la LIC. WENDY ZAVALA LARA, de conformidad con lo siguiente:

La tesis se encuentra concebida en cuatro capítulos, como expreso a continuación:

Capítulo Primero. – Se encuentra construido bajo un estudio descriptivo y analítico en el que resalta los conceptos fundamentales para el desarrollo de la investigación con suficiente argumentación para confirmar la hipótesis propuesta en la investigación.

Capítulo Segundo. – En cuanto a este capítulo, el desarrollo fue bien sustentando, notándose la evolución del análisis sobre legislación nacional, así como la atención a los comentarios que le fueron realizados por el comité tutorial de manera periódica, los cuales fueron atendidos.

Capítulo Tercero. – En este capítulo analiza las particularidades del derecho internacional, desde sus antecedentes hasta los instrumentos que han servido de base para comprender la importancia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, los derechos humanos, y la trascendencia de la problemática que existe en el reconocimiento de sus derechos el ámbito internacional.

Capítulo Cuarto. – La parte central del tema se desenvuelve en este capítulo, que trata de un trabajo sobre el Derecho de Familias, la figura de Custodia Compartida, sus ventajas y desventajas, desarrollándose desde un ámbito doctrinal y dogmático, atendiendo una problemática actual que claramente no se encuentra perfeccionada en el ámbito estatal y nacional, la cual requiere de la intervención de investigación y estudios que permitan dar solución a situaciones que se viven en muchos procesos judiciales, por lo que la presente tesis demuestra la hipótesis planeada.

La sustentante propone la adición en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, de la “custodia compartida” para una debida regulación en los supuestos de divorcio con la finalidad de que los operadores jurídicos la conozcan y apliquen en los procesos judiciales, tomando como base en interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

La Lic. Wendy Zavala Lara, demuestra con solides la hipótesis plateada en el trabajo, cuidando la secuencia, así mismo es adecuado desde el punto de vista metodológico, con una propuesta coherente y jurídica para destacar la presente investigación.

En virtud de lo antes expuesto, me permito otorgar mi **VOTO APROBATORIO**, a la investigación realizada.

A T E N T A M E N T E

Cuernavaca, Morelos, a 03 de mayo de 2023.

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO
SNI-2



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

VICTOR MANUEL CASTRILLON Y LUNA | Fecha:2023-05-17 19:54:53 | Firmante

pYkv+eFK08btjcT8XiVsnqotgfgHpJHummOa0HucHnFgguxoWvGnpURWU8ML+t/1vSSBy9/4xCgFpUe3qFmQPGz2QFPz7ldNQad0feb2gF0bs9mZ6F/KPafM/saLmWIDM8ZxmEogZT09mjH1bMqaBqU05Rg5x8Inflvrux9CQs+H4QywpYGVap+Gx1hWO/o4/+F069/6dCd7u/BrfG6EegdNZ3SRCEhbBMQtZVDqYcqpF5rt4GFXSD2/OSJxsvQ8rQE3x2xDBwbQnOkbfVMUFJ1Pi/Z9HHt9GLrWrfPfs7yulQ+/FMXoKBjtyRyjEeSKlvu9wTx1OTFhiu1eBaRSXA==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



P5ie13vCO

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/sSrS040RWmsEhVZgOvSQjxZQIsazolzN>





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS



CUERNAVACA MORELOS A 15 DE MAYO DE 2023

DR. JUAN MANUEL GÓMEZ RODRÍGUEZ
JEFE DE LA DIVISIÓN 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 como integrante del comité revisor mediante Of. 150/04/23/DESFD de fecha 24 de abril del año en curso del trabajo de investigación intitulado “**ADICIÓN SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ESTADO DE MORELOS DESDE LA ÓPTICA DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**”, elaborado por la Licenciada en Derecho **WENDY ZAVALA LARA**, y que se desarrolló bajo la dirección del **Dr. Eduardo Oliva Gómez** 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 crear o conformar protección al interés superior de las niñas, niños y adolescentes a través de la custodia compartida en conflictos como el divorcio o la separación de sus padres, debido a que garantiza la presencia y crianza de manera conjunta como se venía haciendo de manera cotidiana con ambos progenitores y como un mecanismo de acceso a la libre presencia de sus padres y familiares, y que estos sean titulares de derechos y dado que no hay mecanismos ni condiciones en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos para brindarles seguridad jurídica, ésta se debe considerar.

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, reiterando mi **VOTO APROBATORIO**.

ATENTAMENTE

PITC. Dr. FRANCISCO XAVIER GARCÍA JIMÉNEZ



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

FRANCISCO XAVIER GARCIA JIMENEZ | Fecha:2023-05-15 21:42:28 | Firmante

simL2UKJ7+Qiz5DTgyDuCjikRloYrUTxtU1yBTdBLFff15qkArwy+pvFsNUO7kKm1My0UY2p4IKGF3nZXyxu3vcdd8okn2uNB2ZtlCY0D8AR6HQGIIeatsKf99DrtAgeMthJKRJAjXdTz4+sKqIEF9dFt9OsHUTNBs9K3+GKDvDEURuUmpkK75utjJLbrhM1n0EctmSNTgzP9zoc+m5GHYuEXEm9wEJqiylyfMncdFMnZcNR5ML1M54y0KuplLfAoTsnOWI+WS94Q6hsJkuNCM9uzq98Pj3EPbpFIsnqdl06YN8nvvyRMRZtQymsaWD/BJPEGU0JFbXZVKndYzXgmw==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



[mb7wQHaf](#)

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/bsEaOr5LMHYM0mbpHEMRWcdN0AWw5Mwr>



**DR. JUAN MANUEL GÓMEZ RODRÍGUEZ
JEFE 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 **DIRECTOR DE TESIS** del trabajo de la licenciada **WENDY ZAVALA LARA**, me permito hacer referencia al trabajo de investigación que ha venido desarrollando y que se titula: “**Adición sobre la custodia compartida en el Estado de Morelos desde la óptica del interés superior de niñas, niños y adolescentes**”, investigación que presenta para acceder al grado de Maestra en Derecho, en el Programa Educativo de Maestría en Derecho que se imparte en esta Unidad Académica y que se encuentra 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 dirección del trabajo de tesis de la referida alumna, y dado que se presenta una exhaustiva investigación, la cual se hace con relación a su tema de tesis, tanto en el aspecto doctrinal, así como en el legal, **me complace OTORGARLE MI VOTO APROBATORIO** a la licenciada **WENDY ZAVALA LARA**, a su respectivo trabajo de tesis por haberlo terminado completamente.

EL VOTO APROBATORIO se extiende en virtud de las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- La licenciada **WENDY ZAVALA LARA** ha realizado un trabajo de tipo profundo en que mediante un estudio descriptivo, analítico y propositivo, construye un marco referencial debidamente sustentado y con una suficiente argumentación para confirmar la hipótesis planteada y sustentar la propuesta presentada en su investigación.

SEGUNDO.- La licenciada **WENDY ZAVALA LARA**, atendió adecuadamente a todas y cada una de las observaciones que le fueron realizadas por el suscrito en calidad de Director de Tesis, así como las que fueron hechas en su momento por el comité tutorial designado para evaluar periódicamente el desarrollo de la investigación, tal como se encuentra señalado en el programa educativo cursado, en atención a ello, dicho órgano colegiado emitió su dictamen definitivo, aprobando su trabajo, reconociéndole calidad en la investigación jurídica y resolviendo que la tesis se encontraba totalmente concluida para ser defendida en el examen de grado correspondiente.

TERCERO.- Sobre las características y particularidades de la investigación jurídica, debe destacarse que se trata de un trabajo en el área del Derecho de Familias, en lo específico en el tema de la Custodia Compartida, mismo que revisa desde el ámbito doctrinal y el dogmático y con ello atiende una problemática que tanto a nivel estatal como nacional hoy requiere la intervención de estudios doctrinales y prácticos para dar solución a la gran cantidad de procesos judiciales que se presentan en el tema en los tribunales de justicia distribuidos en todo el país.

La tesis se construye en cuatro capítulos que son desarrollados cuidando la secuencia investigativa en cada uno de ellos; el capítulo primero hace referencia a los conceptos que se desprenden de las categorías principales de la investigación, entre ellos: interés

superior del niño, patria potestad, alienación parental, guarda y custodia; el capítulo segundo se destina para la revisión de la figura materia de estudio mediante el empleo del método comparado, por tanto el análisis se concentra en el derecho comparado en el ámbito nacional; el capítulo tercero es destinado para la revisión del tema en el ámbito del derecho internacional; por último, el capítulo cuarto es empleado por la sustentante para llevar a cabo un estudio de los beneficios, ventajas y dificultades en la aplicación de la custodia compartida. El material producto de la investigación es empleado para sustentar argumentos y razones que acreditan la hipótesis del trabajo y con ello, para la construcción de la propuesta.

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 del excelente trabajo de investigación **otorgo mi VOTO APROBATORIO** y felicito a la C. licenciada **WENDY ZAVALA LARA**, 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.

En atención a lo expuesto aprovecho solicitar a usted se sirva extender los oficios a la comisión revisora del trabajo en cuestión para los fines académicos que corresponden.

Sin otro particular, le reitero mi afecto y le envío un cordial saludo.

Cuernavaca, Morelos, 15 de marzo de 2023.

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:2023-03-27 22:11:36 | Firmante

CwQNnASAN0gZHG1Wme9L8G7RkpCnWE/A2Q1R1q3OjPSBERW1laCk3ASj0mtDqogOuwh7TIWW7xw0hKKefc3k9C3QtqLoN7PqzWmjxBtvaEX0T4GxAYj+THsMXT
UXuc9DBEI8a11+cqR1VkzSglooyWTQnOJedwIQDAOVBaNwhjvAHEz3G+JVMqTSxJVE75VwuxkkHwMi+nv1SBc4wqgVmfAN9p7bHxY+tmNRGk1vfJ+TYk8VcWHgGly+U
3wzrN9fuEAPYKB+Xs0wc8i/HsxyoCzG53SmcDVeA3tn7yMoqnkWFIIWWCBYCUivFaU/andt/bKK5mVcRG7WgjRmGoumg==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o
escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



r6RASf5y3

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/ei9Wmlyl5oE1BG7VELfnOvWNhOBiJMj>



Cuernavaca, Morelos; a 16 de mayo de 2023.

**MTRA. SANDRA GABRIELA INFANTE HERRERA.
COORDINADOR DEL PROGRAMA DE MAESTRÍA EN
DERECHO ACREDITADO ANTE EL PNPC (CONACYT).
P R E S E N T E**

En relación al oficio número 150/04/2023, de 24 de abril de 2023, por virtud del cual, la coordinación a su cargo tuvo a bien designarme como parte integrante de la Comisión Revisora en el trabajo de investigación denominado: "ADICIÓN SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ESTADO DE MORELOS DESDE LA ÓPTICA DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES", que elaboró la licenciada WENDY ZAVALA LARA, del Programa de Maestría en Derecho acreditado ante el PNPC (CONACYT), me permito expresar lo siguiente:

Una vez concluida la revisión, manifiesto que la investigación aborda un tema de vanguardia y cumple con los lineamientos metodológicos y el sustento teórico que exige un trabajo de maestría; además contribuye al avance del Derecho Familiar; por lo que me permito extender mi VOTO APROBATORIO a la tesis antes citada, elaborada por la licenciada Wendy Zavala Lara, para obtener el grado de MAESTRA EN DERECHO, del Programa de Maestría en Derecho acreditado ante el PNPC (CONACYT).

Sin más por el momento, hago propicia la ocasión para enviarle un cordial saludo.

ATENTAMENTE

M. en D. Roque López Tarango
Profesor Investigador de Tiempo Completo
Escuela de Estudios Superiores de Jojutla.



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

ROQUE LOPEZ TARANGO | Fecha:2023-06-02 00:39:34 | Firmante

sTXi5yGvELfNb2rRUSgUUsm4O06wEZ4HaneniZC/Vx5r47SzKOxmvS3Nb8e78tTRDmKRgozNDiRjvH1t7+RBAP0bBi3f2oG9sQLyFTLXgpurJuleeOWv00Wdf+a55eP2RIn8oQqKSKqU9GCEYBbsGzm8plylWXsYFNpW6vmDTxyPBczT8GpDxjvpU6+dUEMa6fWL5bl+9es3c0el5NRRe3q7yZFBds7QnLumVLMKgJildztciPAqbJGz/9GR8k2uQdTVLcoXMS0iua/gXnw7as0W09WXdw2aUblhf/otYUHO5Vmx5HWqy3olDuZyMoq6Q0G7HgEvecbp5RfGYcDw2Q==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



[8v0OskGiK](#)

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/VjSr11Jwtl0LNiamrWGHlWfE76XY6T52>



DR. JUAN MANUEL GÓMEZ RODRÍGUEZ
JEFE 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 me permito distraer su afable atención para enviarle un cordial saludo. Así mismo, como miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis titulado: "ADICIÓN SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ESTADO DE MORELOS DESDE LA ÓPTICA DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES", de la LIC. WENDY ZAVALA LARA del Programa Educativo de Doctorado en Derecho y Globalización que se imparte en esta Unidad Académica y que se encuentra acreditado como programa de calidad ante el PNPC de CONACYT, y sobre el cual, me permito expresar lo siguiente:

Respecto trabajo de investigación que presenta la sustentante, se aprecia el compromiso como estudiosa del derecho dado que se presenta una exhaustiva investigación, desde el punto de vista doctrinal, y legal tanto nacional como internacional, motivo por el cual, me complace OTORGARLE MI **VOTO APROBATORIO** a la LIC. WENDY ZAVALA LARA, a su respectivo trabajo de tesis por haberlo terminado completamente.

El VOTO APROBATORIO se extiende en virtud de las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- La LIC. WENDY ZAVALA LARA ha realizado un estudio profundo del tema investigado, logrando con ello un trabajo de tipo descriptivo, analítico, propositivo y bajo un pensamiento crítico, mediante el cual construye un marco referencial debidamente sustentado y con una suficiente argumentación para confirmar la hipótesis planteada y sustentar la propuesta presentada en su investigación.

SEGUNDO.- El trabajo de investigación versa sobre la figura de custodia compartida la cual debido a los procesos culturales familiares no se ha considerado el interés superior de las niñas, niños y adolescentes ya que no existen mecanismos ni condiciones dentro del marco legal tanto a nivel internacional como nacional.

El interés superior de las niñas, niños y adolescentes debe ser considerado dentro de la custodia compartida como un mecanismo de acceso a la libre presencia de sus padres y familiares, garantizándoles la protección de sus derechos a los menores.

Consecuentemente, el interés superior de las niñas, niños y adolescentes debe ser considerado por un juez al emitir una resolución judicial en el que se le

otorguen dichas facultades al juez para poder estudiar el caso a profundidad y así poder conceder una custodia compartida sin tener una formula en general.

Así mismo, la investigación, versa sobre la consideración de la opinión del menor al momento en el que el juez le otorgue la guarda y custodia, siendo este un requisito fundamental al dictar sentencia.

Cabe resaltar, que dentro del marco legal internacional, el interés superior de las niñas, niños y adolescentes es considerado como un derecho el cual debe garantizar la práctica del mismo antes de la toma de decisiones que afecten sus derechos.

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, recurriendo a fuentes importantes, utilizando el método comparado entre los instrumentos naciones e internacionales.

Como consecuencia del excelente trabajo de investigación otorgo mi VOTO APROBATORIO y felicito a la LIC. WENDY ZAVALA LARA 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, 12 de mayo de 2023.

DRA. REYNA SÁNCHEZ SIFRIANO.



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

REYNA SÁNCHEZ SIFRIANO | Fecha:2023-05-12 17:47:54 | Firmante

hCTqWr2mcGaepMvhwntj71NwFTeBN9C4VFF8K1wfyplXc6WU4p8Vdi1YrdlcYqVibnEg55Br4HYVV90Sua1q7bzIVUM6zDIEk8fPPN8m30dNDNwjS6dL+Is9x2vjtumulwXkcU5Yg9
kJ2cjC2UbmE7dUhVCTAAB73+e7H5XFNN5HggNLF5oak4vbg6eJbflsuZ1k+jaHYfirmIMueatXJ7UzKsK3Da2yNAx1b52p+8sGVJJCLOYIKIDgvAjaLPWvfD3APu0I3Nv2P61GyNro
Zyu3xP9L83taqbbw8JEGDIOWzCvA9UtiXEPXRLXx6POy0j3EkzqA2Qt4X/3cmv4LPQ==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o
escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



0LYBI8hq

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/u4eHQNnL50P4bKL23e7Wd8JS9WqFhFue>

