



PRIMERA INSTANCIA

REVISTA JURÍDICA

Número 21, Volumen 11

Julio-diciembre

2023

EDICIÓN ESPECIAL

www.primerainstancia.com.mx

ISSN 2683-2151

DIRECCIÓN Y COMITÉ EDITORIAL DE REDACCIÓN

REVISTA PRIMERA INSTANCIA

EDITOR y DIRECTOR GENERAL

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Profesor e investigador

Universidad Autónoma de Chiapas, México.

DIRECTOR HONORARIO

Dr. Hugo Carrasco Soulé

Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

COEDITOR GENERAL

Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

EDITOR EN SUDAMÉRICA

Dr. Manuel Bermúdez Tapia

Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú.

COMITÉ EDITORIAL

Ana Carolina Greco Paes

Professora na Toledo Centro Universitário, Brasil.

Angelo Vigliani Ferraro

Director Centro de Investigación “Mediterranea International Centre for Human Rights Research, Italia.

Juan Marcelino González Garcete

Profesor de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.

Pamela Juliana Aguirre Castro

Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador.

Patricio Maraniello

Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

René Moreno Alfonso

Abogado. Profesor de la Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

ASESORAMIENTO CIENTÍFICO

Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil.

COORDINADORA DEL COMITÉ EDITORIAL

Neidaly Espinosa Sánchez

Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos.

REVISTA PRIMERA INSTANCIA, número 21, volumen 11, julio-diciembre de 2023, edición especial, es una revista electrónica arbitrada en español de difusión vía red de cómputo desde el 2013, resultado de investigaciones científicas originales e inéditas, difunde resultados de estudios empíricos y teóricos preferentemente del área jurídica, con la periodicidad semestral (enero-junio / julio-diciembre).

Boulevard Presa de la Angostura, número 215-12, Fraccionamiento Electricistas Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, C.P. 29040, Tel. (52961) 6142659, página web: <http://www.primerainstancia.com.mx/revista-primera-instancia/>

Correo: primerainstancia@Outlook.com

Alfonso Jaime Martínez Lazcano, titular de la Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2018-061813141600-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, ISSN 2683-2151.

Las opiniones de los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados, siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Editorial

En esta edición de la Revista Primera Instancia, nos sumergimos en un análisis profundo de los problemas más acuciantes que enfrenta el derecho en la actualidad. Abordamos temas desde la protección de los derechos humanos hasta la gestión de recursos naturales, ofreciendo perspectivas valiosas para navegar por el complejo panorama legal del siglo XXI:

Control de convencionalidad como obligación simultánea, no subsidiaria ni complementaria, artículo de Alfonso Jaime Martínez Lazcano destaca la importancia del control de convencionalidad (CCV) como herramienta indispensable para garantizar la protección de los derechos humanos. El CCV exige que las normas nacionales se ajusten a los estándares internacionales, asegurando que los derechos fundamentales sean respetados por todos los actores jurídicos.

El principio de oralidad en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. El estudio de Hugo Carlos Carrasco Soulé López y Baden García Mendoza analiza la implementación de reformas en el sistema judicial mexicano para promover la oralidad en los procesos civiles y familiares. Estas reformas buscan simplificar y agilizar los procedimientos, haciéndolos más accesibles y garantizando una justicia más transparente y eficaz.

Estado y solidaridad, investigación de Luis Gerardo Rodríguez Lozano y Mireya García Monroy en la que exploran la evolución del sistema jurídico en relación con la protección de las prerrogativas sociales, como el derecho a la salud, la educación y la seguridad. El artículo analiza cómo el Estado ha respondido a las necesidades cambiantes de la sociedad y cómo han surgido nuevas formas de proteger a los grupos vulnerables.

Control convencional: imperativo para la protección de los derechos humanos, en este ofrece, Dulce María Romero Díaz, una clara visión del control convencional, que se centra en la revisión de las normas internas a la luz de los tratados internacionales, evaluando la aplicación efectiva de las normas y principios internacionales en la práctica.

Los recursos naturales, la seguridad y defensa nacional y el desarrollo sostenible en el Perú, de Manuel Bermúdez-Tapia en el que analiza la gestión de recursos naturales en el Perú desde la perspectiva de la seguridad nacional y el desarrollo sostenible. El artículo explora los desafíos que enfrenta el país para equilibrar la explotación de recursos con las necesidades de la población y el medio ambiente.

Derecho convencional. Lineamientos y principios que deben observarse en su aplicación en el ámbito familiar de Lorena Denis Trinidad, en este enfatiza la obligación de todas las autoridades en América Latina de respetar, promover y proteger los derechos humanos. El artículo destaca la importancia del control de convencionalidad para los operadores jurídicos, particularmente en el ámbito del derecho de familia, donde ha impulsado nuevos paradigmas en los procedimientos legales.

Más allá de la custodia tradicional: protección de la infancia y adolescencia en nuevos contextos, investigación de Merly Martínez Hernández se centra en la protección de los niños, niñas y adolescentes, el grupo más vulnerable de la sociedad. El estudio analiza los parámetros convencionales en casos de custodia familiar, establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su adaptación a los nuevos contextos sociales y culturales.

De comerciante a empresario y de empresario a proveedor en el derecho brasileño: trayectorias del derecho privado en la calificación de agentes económicos de Augusto Tanger Jardim y Fernanda Nunes Barbosa presentan un análisis histórico-legislativo de la calificación jurídica de algunos agentes económicos importantes en el derecho brasileño, como el comerciante, el empresario y el inversor. El estudio examina cómo la calificación jurídica puede variar según el tipo de empresa y las circunstancias específicas del caso.

En conjunto, los artículos de esta edición de Primera Instancia ofrecen una visión completa de los desafíos y oportunidades que enfrenta el derecho en la actualidad. Desde la defensa de

los derechos humanos hasta la gestión responsable de los recursos naturales, estos estudios nos invitan a reflexionar sobre el papel crucial del derecho para construir un futuro más justo y sostenible.

La Revista Primera Instancia hace un llamado a todos los actores involucrados en el ámbito jurídico a trabajar juntos para enfrentar los desafíos del siglo XXI. Abogados, jueces, académicos y funcionarios públicos deben colaborar para garantizar que el derecho sea una herramienta efectiva para la protección de los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la justicia para todos.

Nos llena de orgullo celebrar 10 años desde la publicación del primer número electrónico de Primera Instancia en el 2013, cuyo antecedente es la versión de papel desde 1995 al 2012, ha sido un referente obligado para juristas, académicos y estudiantes en México y Latinoamérica.

En estos diez años, Primera Instancia ha sido testigo y partícipe de la evolución del panorama legal. Hemos publicado artículos de destacados juristas sobre temas de vanguardia, fomentando el debate y la reflexión crítica en torno a las problemáticas jurídicas más relevantes de nuestro tiempo.

Nos sentimos profundamente agradecidos con la comunidad jurídica que nos ha acompañado en este camino. A nuestros autores, por sus valiosas contribuciones; a nuestros lectores, por su interés y constante apoyo; y a nuestro equipo editorial, por su dedicación y compromiso con la excelencia.

Primera Instancia renueva su compromiso con la innovación y la búsqueda de la excelencia. En este nuevo decenio, seguiremos trabajando para ofrecer a nuestros lectores contenidos de alta calidad, análisis profundos y herramientas prácticas que les permitan navegar con éxito en el complejo mundo del derecho.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Director y editor de la Revista Primera Instancia

Diciembre, 2023.

ÍNDICE

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO OBLIGACIÓN SIMULTÁNEA, NO SUBSIDIARIA NI COMPLEMENTARIA

Alfonso Jaime Martínez Lazcano.....9

EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

Hugo Carrasco Soulé López y Baden García Mendoza.....32

ESTADO Y SOLIDARIDAD

Luis Gerardo Rodríguez Lozano y Mireya García Monroy.....55

CONTROL CONVENCIONAL: IMPERATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dulce María Romero Díaz.....72

LOS RECURSOS NATURALES, LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL PERÚ

Manuel Bermúdez Tapia.....94

**DERECHO CONVENCIONAL. LINEAMIENTOS Y PRINCIPIOS QUE DEBEN
OBSERVARSE EN SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR**

Lorena Denis Trinidad.....122

**MÁS ALLÁ DE LA CUSTODIA TRADICIONAL: PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y
ADOLESCENCIA EN NUEVOS CONTEXTOS**

Merly Martínez Hernández.....149

**DE COMERCIANTE A EMPRESARIO Y DE EMPRESARIO A PROVEEDOR EN EL
DERECHO BRASILEÑO: TRAYECTORIAS DEL DERECHO PRIVADO EN LA
CALIFICACIÓN DE AGENTES ECONÓMICOS**

Augusto Tanger Jardim y Fernanda Nunes Barbosa.....177



MÁS ALLÁ DE LA CUSTODIA TRADICIONAL: PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN NUEVOS CONTEXTOS¹

Merly MARTÍNEZ HERNÁNDEZ*

*“Cada familia tiene que analizarse en lo particular
y no desde el punto de vista estadístico”.*²

SUMARIO: I. *Introducción y concepto.* II. *La familia.* III. *Estándares internacionales.* IV. *México.* V. *Jurisprudencia de la Corte IDH.* VI. *Opinión Consultiva 21/14.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

Resumen: En esta investigación se analizará la protección de los niños, niñas y adolescentes, considerados el grupo más vulnerable de la sociedad debido a su falta de capacidad física y psicológica para tomar decisiones. Se examinarán los parámetros convencionales en casos de custodia familiar, establecidos a través de resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y cómo estos se adaptan a los nuevos contextos sociales y culturales.

¹ Trabajo recibido el 1 de julio de 2023 y aprobado el 29 de septiembre de 2023.

* Licenciada en derecho egresada de la Universidad Valle de México, Maestra en Derecho Constitucional y Amparo, abogada litigante desde el 2011 en Despacho Jurídico, Lazcano, Martínez y Asociados, docente de la Universidad Autónoma de Chiapas CECOSICE, autora de la Guía de Derechos Humanos y diversos artículos, socia fundadora del Colegio de Abogados Procesalista de México, Maestrante en Defensa de los Derechos Humanos, con CVU 578640. Contacto: abogadamerly@hotmail.com

² Como lo estableció la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad A.I. 20/2010 de 16 de agosto de 2010). SILVA MEZA, Juan N., “El diálogo jurisprudencial y la internacionalización de los Derechos Humanos”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. IX. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

Palabras clave: Familia, guarda y custodia, niños, niñas y adolescentes, Opinión Consultiva 21/14, patria potestad.

Abstract: This research will analyze the protection of children and adolescents, considered the most vulnerable group in society due to their lack of physical and psychological capacity to make decisions. The conventional parameters in family custody cases, established through resolutions of the Inter-American Court of Human Rights, will be examined and how these adapt to new social and cultural contexts.

Keywords: Family, guardianship and custody, children and adolescents, Advisory Opinion 21/14, parental authority.

I. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO

En esta investigación se analizará al grupo más vulnerable de la sociedad y su protección, que son los niños, niñas y adolescentes (en lo subsecuente NNA), quienes aún no tienen la capacidad física ni psicológica para enfrentar los problemas de la vida diaria y de la vida adulta.

Los parámetros convencionales en casos de custodia familiar se han construido a través de la resolución de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que dan frente a los nuevos contextos sociales y culturales.

Esta tutela originalmente es ostentada por sus progenitores, sin embargo, hay situaciones en las que puede ser ejercida por personas distintas a los vínculos familiares, generalmente porque hay un quebranto en la familia, por lo que el cuidado de los NNA es una decisión que se debe tomar con sumo cuidado, además de que las normas que los protegen tienen la calidad de ser de orden público e interés social, ya que su protección es responsabilidad de todos y cualquier agravio o afectación a un NNA atenta contra la dignidad humana y la paz.

La guarda y custodia es un derecho que se ejerce en correlación al derecho de la patria potestad³, que generalmente lo tienen los progenitores, sin embargo, existen situaciones en

³ La patria potestad en el Código Civil Federal en su artículo 411, establece que “en la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición”, así en su artículo 412 refiere “Los hijos menores de edad están bajo la patria potestad

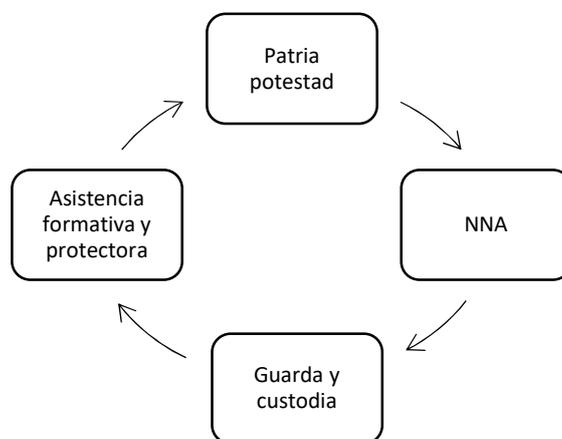
la que los NNA quedan al cuidado de diferentes familiares o personas que no tienen vínculos biológicos, por lo que el Estado debe protegerlos mientras sean menores de edad.

La guarda y custodia es entonces la asistencia formativa y protectora de los NNA, sin embargo, este problema no tiene una eficacia judicial en su protección, ya que los juzgadores deben tomar en cuenta los nuevos paradigmas para poder resolver, protegiendo al menor en la mayor medida de lo posible; una guía para el juzgador, sea decisión provisional o definitiva, es que debe preguntarse siempre:

✓ ¿Con quién se quedan y por qué?

La custodia es un concepto referido al deber de cuidado de los niños y adolescentes en cabeza de los padres y/o de quienes convivan con los menores. Es por tanto un deber referido a la inmediatez de las personas que cuiden del menor. No obstante, los padres deben ejercerla en forma permanente y conjunta.⁴

Esquema 1. Los cuidados de los menores cómo obligación y derecho.



Fuente: Elaboración propia.

mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley” y la define en el artículo 413 “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 [...]”.

⁴ FUNDACIÓN PROBONO COLOMBIA, *Custodia y cuidado personal de menores*, Colombia, p. 4. <https://tinyurl.com/yc5he8bp>

Los instrumentos internacionales que regulan los procesos jurisdiccionales en los que participan los NNA son:

- ✓ Convención sobre los Derechos del Niño: “No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana.”⁵
- ✓ Reglas de Beijing: Son las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

El Comité de Derechos del Niño en la Observación General No. 7 parte de que los padres son los que tienen la obligación de hacer lo que mayor beneficie al niño, es decir velar por su sano desarrollo y brindarle las mejores oportunidades y opciones de crecimiento, ya que primariamente son los que más interesados están en que sus hijos tengan mejores condiciones de vida, pero reconoce la participación de otras relaciones que puede brindar el derecho a una familia, por lo que su entorno y las personas que lo hayan acogido adecuadamente se convierten en su núcleo familiar el cual debe prevalecer en caso de tomar la decisión de separarlo, sin que medie una causa que lo justifique y recomienda:

“La responsabilidad otorgada a los padres y a otros tutores está vinculada al requisito de que actúen en el interés superior del niño. El artículo 5 establece que la función de los padres es ofrecer dirección y orientación apropiadas para que el ‘niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención’. Ello se aplica igualmente a los niños más pequeños y a los mayores. Los lactantes dependen totalmente de otros, pero no son receptores pasivos de atención, dirección y orientación. Son agentes sociales activos, que buscan protección, cuidado y comprensión de los padres u otros cuidadores, a los que necesitan para su supervivencia, crecimiento y bienestar. Los recién nacidos pueden reconocer a sus padres (u otros cuidadores) muy poco después del nacimiento, y participan activamente en una comunicación no verbal. En circunstancias normales,

⁵ UNICEF, *Convención sobre Derechos del Niño*, Madrid, 2006. <https://tinyurl.com/2auff5jh>

*los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal, y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma, los padres (y otros cuidadores) son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos”.*⁶

II. LA FAMILIA

La familia es la base de la sociedad, donde se inculcan valores y se brindan las herramientas de aprendizaje para formar un adulto preparado y feliz, por tal motivo su regulación es un derecho humano esencial y el Estado se obliga a protegerla en términos del artículo 17 y en caso de que en la familia hubiere NNA en el artículo 19 de los derechos del niño, ambos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH).

Artículo 17. Protección a la familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

...

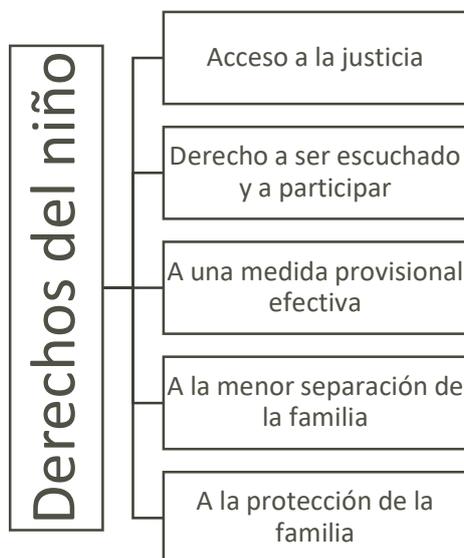
4... En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

⁶ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General No. 7 (2006), *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 40º período de sesiones, CRC/C/GC/7, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005, párrafo 16.

Esquema 2. Los derechos de los NNA.



Fuente: Elaboración propia.

La guarda o cuidado del menor también se conoce como tuición, la cual está sujeta a ser juzgada cuando los padres no pueden ejercerla conjuntamente o hay un conflicto que genera la necesidad de una valoración a la familia, pero este núcleo de la población ha mutado, ya no sólo se conforma por mamá y papá, existen diferentes formas de conformación, ya que hay más personas queriendo ejercer su derechos a ser padre sin seguir la fórmula tradicional, hay familias monoparentales, adoptiva, compuesta, homoparental, etc. “...los futuros historiadores de la familia verán las últimas décadas del siglo veinte como una era de trastornos, en la que se dio un cambio radical en la forma y la función de la familia occidental...”⁷

Por lo que estos derechos quieren ser ejercidos por padres del mismo sexo, madres solteras, personas que quieren ser padres sin tener pareja, tal y como lo menciona el Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano en su Teoría del *Big bang* de los derechos humanos⁸ los derechos se encuentran en expansión, “cada hora el universo se expande más de mil millones de kilómetros en todas direcciones, asimismo los derechos humanos están en expansión. El

⁷ Cfr. FURSTENBERG, Frank Jr., *El cambio familiar estadounidense en el último tercio del siglo XX*. <https://tinyurl.com/5644x332>

⁸ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Big Bang de los Derechos Humanos*, 2014. <https://tinyurl.com/3dzkck39>

Sistema Interamericano de Derechos Humanos es abierto y dinámico...” y ¿de qué va a residir su eficacia? “La energía que libera el sol en su centro tarda unos 1000.000 años en alcanzar la superficie, en esta analogía no basta con la creación de los derechos o más derechos humanos, lo que importa es su eficacia y ese es el punto medular”.⁹

Es decir que proteger a la familia es una obligación y en caso de que se disuelva se deben tomar las medidas necesarias que aseguren el sano desarrollo de los NNA, favoreciendo su interés, su bienestar y la sana convivencia.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El cuidado adecuado de los menores es un derecho que se encuentra protegido por el artículo 19 de la Convención ADH, citado anteriormente, mencionando el derecho de las medidas de protección que por su condición fisiológica y jurídica requiere el menor y al debido cuidado de sus protectores, haciéndose corresponsables la sociedad y las autoridades.

Uno de los casos emblemáticos de guarda y custodia de NNA, es el de *Átala Riffo y niñas vs. Chile* en que la Corte IDH estableció:

*“...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”.*¹⁰

Esta jurisprudencia que se analizará con mayor profundidad en el capítulo V de la presente investigación nos orienta a que para establecer los elementos necesarios de las normas que regulen la guarda y custodia de los NNA se deben tomar en cuenta:

“1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a [l]os niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, e[l] tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 200.

*diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales”.*¹¹

Otro elemento importante es el derecho de vivir y permanecer con la familia, el cual se funda en el caso *Fornerón vs. Argentina*, en el resumen oficial emitido por la Corte Interamericana afirma:

*(...) el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia.*¹²

Este refiere que siempre debe privilegiarse al decidir sobre los cuidados de los NNA, ponderar la importancia de los lazos familiares y privilegiarse la unión familiar consanguínea antes de decidir judicialmente la separación de los cuidados parentales, el cual sólo debe decretarse si se funda en el interés superior del menor y la Opinión Consultiva No. 17 párrafo 70 que determina que deben ser “todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”.

IV. MÉXICO

Tenemos diversas normas que pretenden proteger a los NNA y a la familia, por lo que en caso de alegar sobre guarda y custodia se debe referir al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en correlación con los diversos 3, 7, 8, 9, 12, 16, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la Opinión Consultiva OC-17/2002,

¹¹ NASH, Claudio, “Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Coords.), *Convención sobre derechos humanos comentada, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 2014, p. 158. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

¹² CORTE IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo 47.

del 28 de agosto de 2002, emitida por la Corte IDH, en el que se establecen partes medulares para su regulación, tales como:

- a) El desarrollo y bienestar integral del niño comprenden el derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.
- b) A preservar las relaciones familiares.
- c) El derecho a un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
- d) Protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental; descuido o trato negligente; malos tratos o explotación; incluido el abuso sexual.

Por lo que estas directrices tienen como objetivo garantizar el libre y sano desarrollo, tanto espiritual, moral y social.

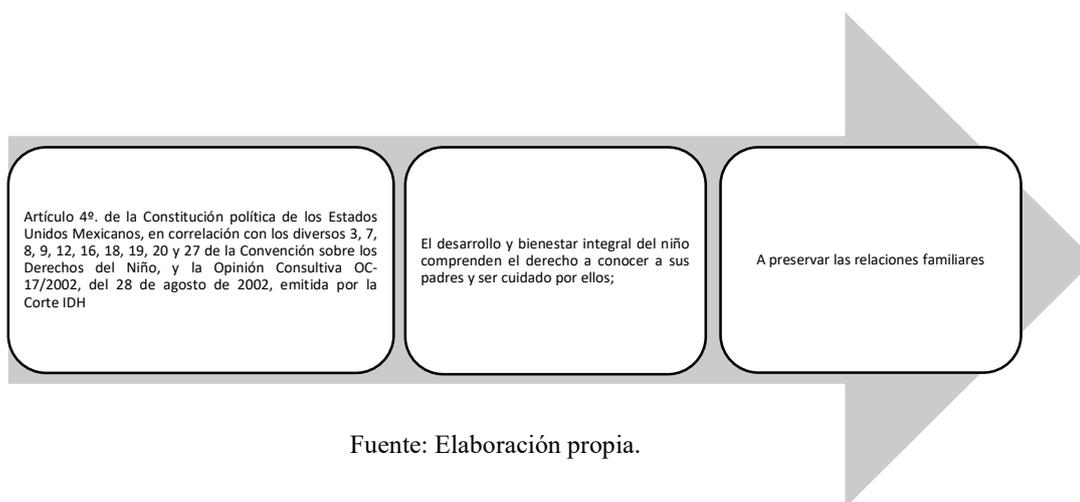
Esta protección debe ser contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido, malos tratos hasta el hecho más aberrante, el abuso sexual.

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió el Amparo Directo en Revisión 1958/2017¹³ en el que se ordena a todas las autoridades:

- Librarse de los estereotipos
- Se estudien las circunstancias particulares del caso
- Se deben siempre analizar a los progenitores y escuchar a los menores, para garantizar mejores condiciones de vida
- Se implemente el Análisis de razonabilidad que significa dar más y mejores razones que sólo aplicar una norma.

¹³ Cfr. Primera Sala de la SCJN. *Sentencia del amparo directo en revisión 1958/2017*, 2017. <https://tinyurl.com/fwxy8rx6>

Esquema 3. Fundamento y derechos para determinar la guarda y custodia de los NNA.



La SCJN ha establecido las directrices para analizar la guarda y custodia de los NNA en las siguientes tesis y jurisprudencia:

CASTIGO CORPORAL COMO MÉTODO DE DISCIPLINA. LOS MALTRATOS Y AGRESIONES FÍSICAS CONTRA MENORES DE EDAD, SEAN LEVES, MODERADOS O GRAVES, SON CONTRARIOS A SU DIGNIDAD HUMANA Y VULNERAN SU DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Hechos: El padre de un menor de edad en la primera etapa de la infancia, demandó en su favor el cambio de la guarda y custodia de su hijo, en virtud de que la madre ejerció sobre éste actos de violencia física (golpe en la espalda con un cable). El órgano de amparo estimó que se trató de un acto aislado, realizado como una medida correctiva disciplinaria justificada, que no encuadraba en la definición de castigo corporal conforme a la doctrina del Comité de los Derechos del Niño. Juzgado el caso, en el contexto de separación de los progenitores, se determinó que la guarda y custodia del niño la debía ejercer la madre. Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el maltrato físico, sea leve, moderado o grave, que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, o cualquier castigo que busque menospreciar, humillar, denigrar, amenazar, asustar o ridiculizar al menor de edad, constituye un castigo corporal y/o un trato cruel y degradante, que resulta incompatible con la dignidad y los

derechos de los menores de edad a su integridad personal y a su sano desarrollo integral; por lo que la erradicación del castigo corporal y los tratos crueles y degradantes es una necesidad apremiante en nuestra sociedad, que vincula a no justificar tales conductas como método correctivo o de disciplina para la niñez, en ningún ámbito. Justificación: En nuestro derecho interno, el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho de la niñez a un sano desarrollo integral, y en consonancia con ello, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 13, fracciones VII y VIII, reconoce los derechos de los menores de edad a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, así como a vivir una vida libre de violencia y a la integridad personal; mientras que el precepto 103 de la misma ley obliga a quienes ejercen la patria potestad, a protegerles contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata de personas y explotación. De igual manera, en el corpus iuris internacional, entre otras fuentes, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 19, establece el derecho del infante a ser protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras éste se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas en sus Observaciones Generales No. 8 y No. 13, definió al castigo corporal o físico como “todo castigo en el que se utilice la fuerza física y tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve”. Lo anterior da cuenta de que los menores de edad deben gozar de una protección reforzada respecto de su integridad personal (psico-física) en orden a su sano desarrollo integral, que exige no justificar como método de corrección o disciplina, el uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocarles dolor, molestia, humillación, o cualquier otra forma violenta, cruel o degradante con ese fin. Asimismo, “la frecuencia”, “la gravedad

del daño” y “la intención de causar daño”, no son requisitos previos de las definiciones de violencia. Ello no significa rechazar el concepto positivo de disciplina promoviendo formas de crianza positivas, no violentas y participativas. Esta Primera Sala es consciente de esta problemática sobre el castigo corporal y los tratos crueles y degradantes a niñas, niños y adolescentes, particularmente en México, donde históricamente se ha normalizado y aceptado tanto en los ámbitos familiares como de educación y readaptación de la infancia, lo que ha tenido consecuencias directas en la forma de asimilar la violencia que se vive en este país. Por lo que, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce como apremiante la necesidad de erradicación de esas formas de disciplina.¹⁴

El criterio judicial establece que debe protegerse la integridad de los NNA erradicando los castigos, físicos que algunos padres ejercen sobre sus hijos, en el que debe establecer que ningún golpe es justificable y estos tratos son los que debe analizar el Juzgador para determinar cuál es el ambiente más sano para el menor antes de decidir sobre su guarda y custodia, en el mismo caso se estableció el concepto “perspectiva de infancia” el cual versa sobre escuchar al menor en todos los casos, puesto que debe partirse de su declaración para conocer la verdad y evitar que los conflictos entre los padres hagan que el menor no tenga estabilidad y se modifique su entorno constantemente, como se describe en la tesis:

JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE INFANCIA. DEBE GARANTIZARSE EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A SER ESCUCHADOS EN EL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL QUE INVOLUCRE SUS DERECHOS, TAMBIÉN EN LA PRIMERA ETAPA DE LA INFANCIA, PROMOVRIENDO FORMAS ADECUADAS DE INTERACCIÓN, LIBRE OPINIÓN Y COMUNICACIÓN CLARA Y ASERTIVA DE LA DECISIÓN. Hechos: El padre de un menor de edad en la primera etapa de la infancia, demandó en su favor el cambio de la guardia y custodia de su hijo, en

¹⁴ Tesis: 1a. XLIX/2020 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 80, noviembre de 2020, tomo I, p. 941. Registro digital: 2022436.

virtud de que la madre ejerció sobre éste actos de violencia física (golpe en la espalda con un cable). El órgano de amparo estimó que se trató de un acto aislado, realizado como una medida correctiva disciplinaria justificada, que no encuadraba en la definición de castigo corporal conforme a la doctrina del Comité de los Derechos del Niño. Juzgado el caso, en el contexto de separación de los progenitores, se determinó que la guarda y custodia del niño la debía ejercer la madre; sin embargo, en el procedimiento no se escuchó al menor de edad, aparentemente en razón de su temprana edad. Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que escuchar y atender a la opinión de los menores de edad en los procesos jurisdiccionales que les conciernen, por una parte, entraña para ellos el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia y, por otra, es un elemento relevante para la decisión que deba adoptar el juzgador en torno a sus derechos. Por ello, a fin de alcanzar una justicia con perspectiva de infancia, las autoridades judiciales y sus auxiliares deben proveer la mejor forma de interactuar con el menor de edad y alcanzar su libre opinión, de acuerdo con su edad y grado de madurez (ciclos vitales: primera infancia, infancia y adolescencia), pero no rechazar la escucha del menor de edad sólo en razón de su temprana edad, pues el ejercicio de ese derecho puede darse no sólo con la implementación de los mecanismos formales de los que participan las personas adultas como declaraciones testimoniales o escritas, sino a partir de metodologías pedagógicas y didácticas que brinden condiciones adecuadas al niño, niña o adolescente para alcanzar ese objetivo, inclusive, comunicándole la decisión en forma clara y asertiva. Justificación: El derecho de los menores de edad a emitir su opinión y a ser escuchados en los procedimientos jurisdiccionales en que se ventilan sus derechos, se encuentra reconocido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, e implícitamente en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de conformidad con los instrumentos e interpretaciones especializadas en materia de

protección de los derechos de la niñez, es uno de los principios rectores que se deben tomar en cuenta en todo proceso que les concierna. Al respecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con una amplia doctrina sobre el contenido de ese derecho y la forma de ejercerse. Éste también ha sido interpretado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General No. 12 destacando que el ejercicio de ese derecho del menor de edad y la valoración de su opinión en los procesos jurisdiccionales que involucren una decisión que pueda afectar su esfera jurídica, debe hacerse en función de su edad y madurez, pues se sustenta en la premisa ontológica de que el niño como sujeto de derechos, dada su condición de menor edad, se encuentra en el desarrollo de su autonomía, la cual va adquiriendo en forma progresiva en la medida que atraviesa sus etapas de crecimiento físico, mental y emocional, hasta alcanzar legalmente la mayoría de edad. Así, la clave para que el menor de edad tenga intervención en el proceso y su opinión pueda ser atendida, está en que conforme a su edad y madurez tenga la aptitud para formarse su propio juicio de las cosas. En ese sentido, dado que no es posible establecer una correspondencia necesaria entre la edad y el grado de desarrollo madurativo del menor de edad, ello implicará una evaluación casuística de cada menor de edad y de sus circunstancias, ponderando, entre otras cosas, su edad, su desarrollo físico e intelectual, sus habilidades cognitivas, su estado emocional, su experiencia de vida, su entorno, la información que posee sobre las cosas respecto de las cuales opina, etcétera; aspectos que lo determinan en el desarrollo progresivo de su autonomía, y dan pauta a la formación de sus opiniones sobre la realidad que vive. Por tanto, el hecho de que un menor de edad se encuentre en su primera infancia, no autoriza, per se, a descartar que pueda ejercer su derecho a ser escuchado y a que su opinión se tome en cuenta, sino que se deben buscar en cada caso, las formas más apropiadas de propiciar su participación; y si ello no se hizo en las instancias ordinarias del procedimiento, debe garantizarse el derecho del menor de

*edad, antes de adoptar decisiones judiciales que le conciernan, como en el caso de su guarda y custodia, las cuales, además, le deben ser comunicadas también de manera clara y asertiva.*¹⁵

Además, la SCJN ha establecido que simultáneamente a la guarda y custodia, se debe establecer el régimen de convivencia con el padre que no viva con el NNA, para que independientemente quien tenga a su cargo los cuidados, pueda disfrutar el amor y compañía de ambos, por lo que el Juez debe intervenir para conjuntamente establecer la guarda y custodia, y las visitas estableciendo modo, tiempo y lugar de la convivencia, tal y como se menciona:

*GUARDA Y CUSTODIA. EL JUICIO EN QUE SE RECLAMA ESTE DERECHO Y EL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA VISITA, CONVIVENCIA Y CORRESPONDENCIA, QUE SE PROMUEVAN EN RELACIÓN A UN MISMO MENOR, DEBEN CONOCERSE, TRAMITARSE Y RESOLVERSE EN UNA MISMA CAUSA Y POR LA MISMA AUTORIDAD. La discusión sobre el derecho de guarda y custodia de un menor, tiene estrecha e ineludible relación con el de visita, convivencia y correspondencia, dado que cualquier decisión o providencia judicial, temporal o definitiva, que se pronuncie al respecto, repercutirá en los derechos en cuestión pues, en principio, depende de a cuál de los padres se asigne el primero, para determinar a quién asiste el segundo. En tal virtud, es factible que si ambos derechos se discuten en juicios diversos, éstos deben conocerse, tramitarse y resolverse en una misma causa y por la misma autoridad, para así evitar el riesgo de que se dicten resoluciones contradictorias.*¹⁶

Además también determinó cual es la instancia a la que le corresponde solucionar los conflictos cuando se trata sobre NNA y su guarda y custodia, cuando hay participación de

¹⁵ Tesis: 1a. LI/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 80, noviembre de 2020, tomo I, página 951. Registro digital: 2022471.

¹⁶ Tesis: VI.2º.C. J/22 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 42, mayo de 2017, tomo III, página 1632. Registro digital: 2014295.

las instituciones públicas, la que se califica como administrativa, su impugnación es vía civil federal, tal y como refiere la siguiente jurisprudencia:

PROCURADURÍAS DE PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, DEPENDIENTES DEL SISTEMA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (DIF). LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO CONTRA SUS RESOLUCIONES, RELACIONADAS CON LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, CORRESPONDE AL JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL. La competencia para conocer del juicio de amparo indirecto se fija conforme a la naturaleza del acto reclamado; en consecuencia, el promovido contra las resoluciones emitidas por las Procuradurías referidas (ya sea en el ámbito federal o local), que deciden respecto de la guarda y custodia de menores de edad para ser colocados en albergues provisionales, es competencia del Juez de Distrito en Materia Civil, pues las controversias relativas revisten gran importancia, al afectar el orden y la estabilidad de la familia, cuya organización y desarrollo debe proteger la ley, por mandato del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de ahí que la intervención del Estado en estas circunstancias responde al principio de integración familiar consistente en que los poderes públicos protejan al menor. En ese sentido, no obstante que las Procuradurías de que se trata son formalmente órganos de naturaleza administrativa, jerárquicamente subordinadas a las dependencias del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, lo cierto es que la génesis del acto reclamado y las funciones que realizan están encaminadas a seguir el sendero del derecho familiar, ya que al emitir determinaciones relacionadas con la guarda y custodia que sean aplicables al caso concreto por el estado de necesidad en que se encuentran los menores, deben atender previamente a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, aplicando incluso las legislaciones sustantivas civiles correspondientes. Así, las

*Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, dependientes del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, efectivamente son autoridades administrativas, lo cual no impide considerar que los actos que emiten en materia de guarda y custodia de menores corresponden a la materia civil.*¹⁷

Termino este capítulo estableciendo que la guarda es una facultad que tiene la característica de ser de orden público e interés social, ya que los NNA, como mencione en la presente investigación, son el grupo más vulnerable y su protección tarea fundamental del Estado, y siempre debe prevalecer que los menores puedan gozar de ese máximo principio de convivir con ambos padres, puesto que esto potencializa su desarrollo y seguridad personal, tal y como establece el siguiente criterio judicial:

VISITA Y CONVIVENCIA DE LOS MENORES CON SUS PROGENITORES. ES UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE TIENDE A PROTEGER EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS SIENDO, POR TANTO, DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Conforme a los artículos 635 y 636 del Código Civil para el Estado de Puebla, la convivencia de los menores con sus padres y con la familia de ambos, permite el sano desarrollo de aquéllos, pues conlleva al conocimiento y trato directo que tienen los infantes con sus ascendientes y demás parientes a fin de lograr su cabal integración al núcleo familiar y obtener identidad plena al grupo social al que pertenecen. En tal virtud, el desarrollo normal de un menor se produce en el entorno de éste y su armonía con la familia y grupo social al que pertenece, que le permite y otorga la posibilidad en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con la percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; lo cual se logra alcanzar cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud,

¹⁷ Tesis: P./J. 24/2016 (10.a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 35, octubre de 2016, Tomo I, página 32. Registro digital: 2012798.

identidad, familia y fundamentalmente la convivencia con los padres, en tanto que ello no le resulte más perjudicial que benéfico. En esos términos, el artículo 637 de la aludida codificación categóricamente establece: "No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales ni la convivencia entre el menor y sus parientes, ni siquiera cuando la patria potestad o la guarda corresponda a uno de ellos, por lo que en caso de oposición a la solicitud de cualquiera de ellos o incumplimiento del convenio en que las partes hubieren fijado el tiempo, modo y lugar para que los ascendientes que no tengan la guarda del menor lo visiten y convivan con él, el Juez de lo familiar resolverá lo conducente, en atención al interés superior del menor. ...". Por ello el tribunal contará con los medios eficaces que considere necesarios para decretar la convivencia en el modo y forma que beneficie a los menores y en caso de incumplimiento parcial o total podrá decretar las medidas de apremio que concede la ley o dar vista al Ministerio Público si del comportamiento de quien deba permitir la convivencia se desprende algún delito; y que sólo por mandato judicial expreso y fundado en causa justa podrá impedirse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere dicho dispositivo legal. Atento a lo cual, el derecho de visita y convivencia con sus progenitores, debe catalogarse como un derecho fundamental del menor porque es tendente a proteger su interés superior, siendo éste por tanto de orden público y de interés social, y sólo se impedirá esa convivencia con alguno de sus padres cuando se estime razonadamente que resultaría más perjudicial que benéfico al menor. Por lo que, ante tal situación, en aras de ese supremo derecho que tienen los niños a ser amados y respetados, sin condición alguna, por regla general sus progenitores deben ejercer tanto la guarda y custodia, como el derecho de visita y convivencia, en un ambiente de comprensión y respeto para con sus hijos, procurando en todo momento su pleno desarrollo físico y mental. Y, concatenadamente, la autoridad judicial se encuentra obligada a que los menores puedan gozar de ese máximo principio de convivir con ambos padres y las familias de

*éstos, para lo cual debe tomar las medidas necesarias a fin de proteger ese interés superior.*¹⁸

V. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

La guarda y custodia de NNA está regulada en normas internacionales que requieren modificar la forma del juez decimonónico¹⁹ de administrar justicia, ya que su trabajo era encontrar la norma que más se adecue al caso en concreto y resolver como refiere la ley, como si se tratara de una medicina para el enfermo o cómo matemáticas, ahora el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño ordena:

Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

(Subrayado agregado)

Confiriendo a las autoridades facultades extensas para resolver sin sacrificar a la justicia, por lo que, si no están establecidas las medidas, las tiene que crear, en el caso que las normas no protejan integralmente a los NNA el Estado debe legislar, en caso de que no se encuentren los procedimientos adecuados para proteger a los NNA, los debe implementar; es decir todo este conjunto de facultades tiene como objetivo evitar cualquier forma de perjuicio o abuso físico.

Este reto de los derechos humanos en la protección de los NNA da la posibilidad que en el desarrollo de un proceso judicial se establezcan nuevas y más adecuadas directrices que garanticen la protección judicial efectiva, a iniciativa de cualquiera de las partes, actor,

¹⁸ Tesis: VI.2o.C. J/16 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 17, abril de 2015, tomo II, página 1651. Registro digital: 2008896.

¹⁹ La Real Academia Española, en el diccionario de la lengua española lo defino como 1. Adj. Perteneciente o relativo al siglo XIX. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://tinyurl.com/e92c7p5f>

demandado, incluso las autoridades que participan, el Juez familiar, el tutor y el ministerio público.

Las herramientas que tiene un niño cuando es sujeto en un caso de guarda y custodia, de manera provisional y definitiva, son sus derechos, que deben protegerse al momento de decidir quién será su guardián, sean sus progenitores o diversa persona.

¿Cómo vamos a lograr que esta decisión sea justa? se debe privilegiar a los NNA y para que tenga acceso a la justicia, debe ser escuchado y participe en el proceso, es decir, tomar en cuenta cómo se siente, con quien está más a gusto, cuál es su proyecto de vida.

La media provisional debe ser efectiva y es rotundamente la decisión con mayores riesgos y complejidad, ya que es un hecho notorio que los procesos jurisdiccionales tienen largas y extenuantes duraciones, tardan en resolverse muchos años y en lo que se resuelve de fondo el conflicto que puede llevar más de diez años, el NNA puede dejar de serlo y convertirse en adulto, que si no se ponderó su salvaguarda apropiadamente tiene consecuencias como problemas de inseguridad o violencia, por lo que debe siempre decidirse en estricto apego al interés superior del niño y esta decisión siempre puede modificarse, en cualquier momento.

Por todo ello las medidas provisionales durante la secuela procesal deben tomarse minuciosamente.

También hay que observar que el menor no debe ser separado de su entorno en la medida de lo posible y que se debe proteger su núcleo familiar, ya que los lazos afectivos son algo en lo que se debe trabajar todos los días, el cariño y el amor son parte en el desarrollo del ser humano.

La Corte IDH ha resuelto casos con nuevos paradigmas culturales y sociales, la nueva situación, los nuevos núcleos de población, las nuevas conformaciones de familia y casos, tales como la sentencia de *Atala Riffo y niñas vs. Chile*,²⁰ del cual iniciaremos considerando los hechos:

- ✓ *Inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En*

²⁰ Cfr. CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia 24 febrero del 2012.

noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas.

- ✓ *En enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva.*
- ✓ *Se dicta sentencia el 24 de febrero del 2012.*

Como se puede observar la señora Atala Riffo sólo decidió concluir su matrimonio y por acuerdo mutuo con el padre decidieron que las niñas vivirían con ella, hasta que fue intolerable para el padre la homosexualidad de la madre, lo que se conocen como prejuicios, lo más aberrante es que estos prejuicios no sólo estaban en la mente del padre sino también en los que administraron justicia y fundaron su decisión en ello, esto es que la orientación sexual de la madre pudiera afectar el sano desarrollo de sus hijas, sin embargo esto no sucede en la realidad, todos conocemos personas que son hijos de padres heterosexuales y la orientación del hijo es homosexual, por lo que la orientación sexual de los padres no define la de los hijos, prejuicios que clasificaría como del siglo pasado.

Esta sentencia en instancias internacionales se resolvió el 24 de febrero del 2012 y como se vigila la garantía de no repetición y se tenga per se una reparación integral, en la condena a Chile como responsable de violar derechos humanos en donde se destaca:

En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. (...) ²¹

(Subrayado agregado)

²¹ *Ibidem*, párrafo 108.

Para que las personas que se encuentren en una situación similar tengan una guía que satisfaga el interés superior del niño, este principio se funda en la dignidad misma del ser humano y el cuidado de su sano desarrollo. Sumando a estas ideas que:

La Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. (...) ²²

(Subrayado agregado)

El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos. ²³

(Subrayado agregado)

Por lo que la decisión debe hacerse a través de una evaluación de comportamientos parentales e identificar su impacto negativo o positivo en el desarrollo de los NNA, tiene que haber un especialista que nos diga mediante pruebas y argumentos científicos, tomando en cuenta la actividad y conductas de los contendientes, sin olvidar que eso no significa que uno de los padres no va a ver y convivir con él que no tenga la guarda y custodia, ya que están las vistas o regímenes de convivencia para el progenitor de manera provisional y definitiva, ya que la participación de ambos padres tiene mayor probabilidad de formar un adulto feliz y seguro.

²² *Ibidem*, párrafo 109.

²³ *Ibidem*, párrafo 120.

Por lo que debe tomarse en cuenta:

- ✓ Los riesgos reales y probados.
- ✓ Sin margen a especulación la orientación sexual de los progenitores, ya que esto no determina quién es mejor o peor padre.
- ✓ Aceptar y respetar a todos los grupos sociales (madres y padres interraciales, divorciados)
- ✓ El Estado debe ir a la par del avance social y ayudar a preservar la paz entre ellos, ya que si no se consolidarían formas de discriminación como el caso Attala Rifo vs Chile.

Otro caso emblemático es el de Fornerón e Hija Vs Argentina,²⁴ el cual se basó en los siguientes hechos:

- ✓ Los hechos del presente caso se inician el 16 de junio de 2000, cuando nace M, hija de Diana Elizabeth Enríquez y de Leonardo Aníbal Javier Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entregó su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal.
- ✓ El 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M. al matrimonio B-Z.
- ✓ Se dictó sentencia el 27 de abril del 2012.

La madre al dar en adopción a su hija sin el consentimiento del padre biológico dañó irreversiblemente los lazos afectivos entre padre e hija ya que ellos no estuvieron juntos por dedición propia, y la única que tuvo la oportunidad de ejercer su derecho fue la madre y lo repudió. Lamentablemente la adopción de niños se ha convertido en un negocio lucrativo, por lo que el dinero es el principal motivador de dar en adopción a un hijo y razón para cometer cohecho. Y pese a que el señor Fornerón demostró la identidad molecular ADN que acreditaba ser el padre biológico de su hija, a que manifestó su voluntad de convivir con ella, durante la secuela procesal perdió muchos años para alcanzar este derecho, ya que del mismo modo se tomaron en cuenta están los derechos de los nuevos padres, los adoptivos.

²⁴ CORTE IDH. *Ficha técnica: Fornerón e hija vs. Argentina*. <https://tinyurl.com/88mbdwba>

Para que no vuelva a suceder se implantó que la interferencia más grave del Estado es la división o separación de la familia, y que sólo debe hacerse en casos de urgencia, tales como poner en riesgo la integridad del menor, violencia o la comisión de delitos; o que no hubiera otra medida y lograr que sólo sea temporal, por lo que se instauró:

La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.²⁵

El tercer caso al que haré referencia es el de O. T. R. de siete años, y su hermano menor de año y medio, quienes fueron separados de su familia e internados en una casa hogar de la Asociación Los Niños de Guatemala el 9 de enero de 1997, denominado caso Ramírez Escobar Vs Guatemala,²⁶ en el que se hace énfasis en los exámenes parentales para tomar la decisión de guarda de los NNA:

En casos que involucran la custodia de niñas y niños esta Corte ha señalado que a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos. Adicionalmente se ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano³³⁰. En este sentido, la perita Magdalena Palau Fernández, señaló que “si alguien en la familia extensa no puede brindarle cuidado, deberá también buscarse en el entorno

²⁵ *Ibidem*, párrafo 116.

²⁶ Cfr. CORTE IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Sentencia 9 marzo 2018.

afectivo del niño, es decir, parientes no consanguíneos con quien el niño tenga un vínculo afectivo”. Solo en el caso de que “todas esas alternativas anteriores fueran consideradas, investigadas suficientemente y descartadas, recién ahí debiera pensarse en una alternativa de cuidado por parte de personas desconocidas o extrañas para el niño.”²⁷

VI. OPINIÓN CONSULTIVA 21/14

Finalmente los NNA más vulnerables son los migrantes, situación que rompe los esquemas de humanidad, por lo que siempre que se decida qué hacer con ellos debe considerarse que en la opinión consultiva OC-21/14,²⁸ de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República oriental del Uruguay derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional se estableció en el párrafo 172:

La Corte estima necesario reiterar, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el Estado con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes debe de proveer, en tanto obligación positiva, las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y recibir un trato humano acorde con su dignidad personal, de conformidad con los artículos 4.1 y 5 de la Convención y I y XXV de la Declaración, lo que se aplica de forma peculiar o preferente a las niñas y a los niños migrantes, que requieren de las medidas de protección especial de acuerdo a los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración.

A pesar de la contingencia sanitaria que atraviesa el mundo no deben cerrarse los juzgados familiares o centros de justicia que resguarde, garanticen y protejan los derechos de los NNA, tal y como lo establece la Convención ADH, que no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos:

- ✓ Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal)
- ✓ Artículo 17 (Protección a la Familia)

²⁷ *Ibidem*, 164.

²⁸ CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14*, 19 agosto del 2014. <https://tinyurl.com/ykve47f3>

- ✓ Artículo 19 (Derechos del Niño)
- ✓ Ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Concluyo que la guarda y custodia de los NNA, en un proceso jurisdiccional debe llevarse a cabo bajo los principios de especialización e independencia, autonomía progresiva e interés superior y salvaguardando los derechos de accesos a la justicia y debido proceso, este será debido siempre que se escuche a los NNA, se cuenten con medidas especiales y urgentes, haya una menor separación de la familia y se proteja su unión, tal y como lo describe el siguiente cuadro:

Esquema 4. Principios y derechos jurisdiccionales de guarda y custodia.



Elaboración UNICEF.

VII. CONCLUSIONES

Se concluye que el cuidado de los NNA cuando se somete a la decisión de un juez deben regir los principios en el procedimiento de especialización e interdependencia, que refiere a tener funcionarios públicos (juez, secretario de acuerdos, actuario, proyectista, ministerio público, tutores, psicólogos, etc.), con los conocimientos y habilidades específicas y con la libertad de decidir atendiendo siempre el mayor beneficio de los NNA de manera exclusiva, la autonomía y progresividad confiere la calidad de no haber retrocesos en la impartición de justicia y se apliquen las directrices jurídicas a la vanguardia y todo bajo el equilibrio de establecer su interés superior. En relación a los derechos de acceso a la justicia y debido

proceso, se entiende que son las reglas del procedimiento que garantizan una decisión justa, adecuada y conforme a la realidad, puesto que garantizar a los NNA que serán escuchados, hace que el juzgador se sensibilice y dejen de ser un número o expediente porque decidir sobre los cuidados es de suma importancia, por lo que debe usar las medidas pertinentes durante la secuela procesal, que pueden cambiarse cuando se pruebe mediante exámenes de las conductas parentales y pruebas periciales que estudien la actitud de ambos y la recepción del menor de estos cuidados, para hacerlo parte de la toma de decisiones de su presente y futuro, con el objetivo de lograr la menor separación de convivencia con ambos padres, protegiendo a la familia y promoviendo su unión.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General No. 7 (2006), *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 40º período de sesiones, CRC/C/GC/7, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005.

FUNDACIÓN PROBONO COLOMBIA, *Custodia y cuidado personal de menores*, Colombia. <https://tinyurl.com/yc5he8bp>

STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Coords.), *Convención sobre Derechos Humanos. Comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

Legisgrafía

Código Civil Federal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención sobre los Derechos del Niño

Jurisprudencia interamericana

Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012.

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia 24 febrero del 2012.

Ficha técnica: Fornerón e hija vs. Argentina. <https://tinyurl.com/88mbdwba>

Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Sentencia 9 marzo 2018.

Opinión Consultiva OC-21/14, 19 agosto del 2014. <https://tinyurl.com/ykve47f3>

Jurisprudencia nacional

Tesis: P./J. 24/2016 (10.a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 35, octubre de 2016, tomo I. Registro digital: 2012798.

Tesis: 1a. XLIX/2020 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 80, noviembre de 2020, tomo I. Registro digital: 2022436.

Tesis: 1a. LI/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 80, noviembre de 2020, tomo I. Registro digital: 2022471.

Tesis: VI.2º.C. J/22 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 42, mayo de 2017, tomo III. Registro digital: 2014295.

Tesis: VI.2o.C. J/16 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 17, abril de 2015, tomo II. Registro digital: 2008896.

Páginas de internet

FURSTENBERG, Frank Jr., *El cambio familiar estadounidense en el último tercio del siglo XX*. <https://tinyurl.com/5644x332>

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Big Bang de los Derechos Humanos*, 2014. <https://tinyurl.com/3dzkck39>

Primera Sala de la SCJN. *Sentencia del amparo directo en revisión 1958/2017*, 2017. <https://tinyurl.com/fwxy8rx6>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://tinyurl.com/e92c7p5f>

UNICEF, *Convención sobre Derechos del Niño*, Madrid, 2006. <https://tinyurl.com/2auff5jh>