

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA EN LOS ARTÍCULOS 40. Y 10. CONSTITUCIONALES

María Virginia AGUILAR

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Historia y actualidad de la familia y la necesidad de establecer cambios en la legislación local a partir del siglo XX.* III. *Las adiciones necesarias a la Constitución de 1917 en materia de derecho familiar internacional.* IV. *Efectos de la aplicación del principio de bienestar superior del niño y los derechos humanos en los casos prácticos.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se redactó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917, la situación de las familias en México era muy diferente a lo que fue sucedió a lo largo de un siglo.

Asimismo, el cuidado y atención de los menores era prácticamente inexistente. En este trabajo se trata de exponer la trascendencia que ha tenido la introducción de los conceptos internacionales como *el beneficio superior del niño* y de los *derechos humanos* con todos los conceptos que contiene.

Iniciaré con exponer la historia por la que estos conceptos se introducen en la Constitución, posteriormente, la razón por la cual se reconocen como legislación nacional, así como los efectos que se han producido en el cuidado de los niños y las familias.

II. HISTORIA Y ACTUALIDAD DE LA FAMILIA Y LA NECESIDAD DE ESTABLECER CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN LOCAL A PARTIR DEL SIGLO XX

Los cambios operados en el mundo a partir de la segunda mitad del siglo XX,¹ colocaron a nuestro universo de cara ante la necesidad de implementar

¹ Coincidente con los trastornos creados por la Segunda Guerra Mundial, que fue el conflicto bélico que puso en contexto el poderío de los países en contra de la vida y por lo cual inician un pacto de paz internacional para salvaguardar a la humanidad.

documentos legislativos que se complementaran con conceptos internacionales en su normatividad interna.

La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 fue un parteaguas para el establecimiento de nuevas estructuras de la humanidad entre las que se encuentran los principios de igualdad, dignidad, seguridad, no discriminación, la lucha por la paz y en general una política exterior que lucha por la paz entre los pueblos.²

Si bien la Declaración de Ginebra en 1924 dejó semilla en la magnitud de los derechos del hombre y del niño, además de otros documentos³ (que reconocen la importancia de la infancia), la realidad histórica fue la que propició que los pueblos asumieran la obligatoriedad de cumplir y hacer cumplir los compromisos internacionales desde la buena fe entre las naciones.

Los principios generales de los tratados fueron aceptados por varios Estados parte, entre los que se encontraba el nuestro, sin embargo, fue hasta 1986, que México inició su verdadera integración a los conceptos internacionales, a la pertenencia a tratados y convenciones y a la incorporación de normas convencionales al derecho interno.

En diferentes materias fue implementando su legislación interna, sobre todo en materia de comercio e inversión extranjera.

En materia de familia y de protección de la niñez ha ratificado menos de 10 documentos⁴ y un poco más de 200 en materia general de derechos humanos.

² El artículo 1o. de la Declaración de los Derechos Humanos es el más completo en cuanto a los bienes que tutela.

³ La Declaración de los derechos del Niño (Asamblea General de 1959), Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los diferentes estatutos e instrumentos que buscan el bienestar de los niños. (ejm. La Declaración de Beijing).

⁴ Convención Americana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (21 de agosto de 1987), Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (18 de noviembre de 1994), Convención sobre Restitución Internacional de Menores (18 de noviembre de 1994), Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para Contraer Matrimonio y Registro de Matrimonios (La Haya, 19 de abril de 1983), Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción (La Haya 24 de octubre de 1994), Convención sobre los Aspectos Civiles sobre la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 25 de enero de 1991), Convención sobre los Derechos del Niño (25 de enero de 2008), Enmienda al párrafo 2, de del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1o. de junio de 1998), Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre la Participación de Niños en los Conflictos Armados (ONU, 3 de mayo de 2002), Protocolo Facultativo sobre la Convención de los Derechos del

Es la Convención Internacional de los Derechos del Niño la que mayor relevancia introduce el concepto *del interés superior del niño*, que existe tanto en el preámbulo como en su artículo tercero, comprendiendo por tal el concepto que dicho instrumento convencional refiere así:

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

...en un ambiente de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad...

Artículo 3.1 En todas las medidas que conciernan a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

No obstante, y aunque México ratificó esta Convención el 21 de septiembre de 1990, el Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano de vigilancia de este Instrumento en la ONU, en 1996, en su primer y segundo informe establece que en México aún no se garantiza el cuidado del sector más vulnerable: los niños, que se sabe que existen 16 mil niños reportados como víctimas de abuso, explotación sexual y violencia intrafamiliar, igual se reportó en los siguientes dos informes, por lo que el Comité hace recomendaciones y exhorta en el tercero, el 10 de noviembre de 1999, a que emprenda reformas legislativas y constitucionales que establezcan la no discriminación y las condiciones de cumplimiento de los preceptos antes señalados.

III. LAS ADICIONES NECESARIAS A LA CONSTITUCIÓN DE 1917 EN MATERIA DE DERECHO FAMILIAR INTERNACIONAL

En atención a las recomendaciones⁵ antes citadas el Legislativo, por medio de la publicación del Decreto del 21 de noviembre de 2006, en el *Diario Oficial*, reforma el párrafo VI del artículo 4o. constitucional en el que se adopta el concepto internacional de *interés superior del niño*, mismo que se adicionó nuevamente el 12 de octubre de 2011 para quedar como sigue:

Niño Relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía Infantil (22 de abril de 2002) <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>.

⁵ Véase la Exposición de Motivos de las reformas al artículo 4o. en la que se exhorta a México a hacer cambios legislativos y constitucionales.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el 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, evaluación de políticas públicas dirigidas a la niñez.

En la misma fecha de 2006, se adiciona el artículo 73 que se refiere a la competencia federal expresa y limitada del Congreso de la Unión que otorga a las entidades federativas facultad para legislar en todas las materias en las que la Constitución reserva en favor del poder Legislativo Federal y como no existía nada en relación a los niños, la fracción XXIX-N del artículo en cita establece a partir de ese momento que se debe legislar en materia de menores, como indica: “El Congreso tiene facultad para expedir leyes en materia de derechos de niñas y los niños, atendiendo en todo momento el interés superior de éstos últimos...”.

Otros acontecimientos nacionales provocaron que además del concepto de *interés superior del menor* se instalara otro criterio internacional, esta vez adicionando al anterior y ampliando el contenido de las garantías internacionales.

El primero de estos fue el caso Rosendo Radilla Pacheco⁶ quien fue una persona del estado de Guerrero que intempestivamente fue detenido y desaparecido; su familia acudió a todos los medios jurídicos ordinarios nacionales e internacionales y una vez concluidos, en 2001, tras una investigación realizada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), institución que al no tener respuesta por parte del gobierno mexicano, fue puesta a consideración ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por violación a los derechos personales, judiciales de debido proceso y principalmente por la desaparición forzada.⁷

En atención a ese proceso, el 23 de noviembre de 2009 la CIDH emitió una sentencia en la que se condenó al Estado mexicano a hacer cambios estructurales en su política pública para la defensa y cuidado de los derechos

⁶ Líder del Municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero (otra entidad de la República mexicana), que trabajó por la salud y educación de ese pueblo en el que fue presidente municipal, fue detenido y desaparecido por militares. La última vez que lo vieron vivo fue el 25 de agosto de 1974.

⁷ Véanse artículos 3o., 4o., 5o., 7o., 8o. y 25 de la Comisión así como por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada.

humanos por las violaciones graves cometidas en agravio de Rosendo Radilla y la desaparición forzada de varias personas más.

Otro acontecimiento, fue la desaparición de 72 inmigrantes en 2010, suceso que provocó que se adicionara el artículo 102 bis y que se creara la nueva Ley de Migración y su Reglamento así como que la reforma al artículo 1o. constitucional.

Por sucesos comentados con antelación, el 10 de junio de 2011 se publicó el decreto que reforma a la Constitución mexicana en el artículo 1o.,⁸ la que resulto trascendental porque además de ampliar el contenido de los derechos constitucionales, elevó a las garantías individuales al rango de derechos humanos, así como magnificó el concepto de persona (principio *pro personae*)⁹ y el principio *pro homine*, reconocidos tanto en la propia Constitución como en los tratados internacionales, sobre derechos humanos de los que México es parte.

La inserción de los conceptos internacionales a la legislación mexicana está sustentada en los artículos 76 (facultad de los senadores para analizar la política exterior), 89 fracción X (facultad del presidente de la República mexicana para intervenir en la política exterior) y el 133¹⁰ (requisitos para

⁸ Artículo 1o. “En los Estado Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

⁹ PROTECCIÓN. PRINCIPIO PRO PERSONA. Tesis 1º/J. 10/2014 (10ª), visible en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, t. I, p. 487, Registro Digital, 2005/17, publicado el viernes 28 de febrero de 2014, de aplicación obligatoria a partir del lunes 3 de marzo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013. “...Obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos ante la existencia de dos normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa, a efecto de elegir cuál será la aplicable al caso concreto, lo que, por un lado, permite definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana”.

¹⁰ Este artículo indica el principios de supremacía que indican que nuestra constitución es la Ley suprema de toda la Unión, como a la letra dice: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la

considerar válidos los tratados y convenciones de los que México es parte y la forma de incorporarlas a la legislación nacional) que forman el *corpus juris* de la política exterior mexicana.

Al mismo tiempo, la reforma que introduce el concepto de los derechos humanos da oportunidad a que los preceptos internacionales que los contengan en materia de familia, puedan ser aplicados e introducidos en la legislación de los 32 estados de la República, sin necesidad de que se considere un conflicto de competencias al legislar en conceptos que por el pacto federal están prohibidos.

En cuanto a la actuación del Estado mexicano para el establecimiento de esta trascendente reforma, uno de los investigadores y tratadista mexicanos explica que se requiere de muchas otras cuestiones cuando afirma:

La correcta interpretación del artículo 1o. constitucional debe ser en el sentido de que el legislador tiene el deber de emitir las disposiciones suficientes y de valorar los derechos humanos a través de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos.¹¹

Y al referirse a las reparaciones que establece la CIDH conforme a los contenidos internacionales,¹² dice que se debe buscar una interpretación más favorable a la persona que haya sido afectada o violada en sus derechos humanos.

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos del año 2011 tiene como uno de sus ejes vertebrarles la apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional con todo lo que ello supone: recepción de los tratados e incorporación de los mismos al derecho interno con rango constitucional, pero también reconocimiento del derecho derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia de las jurisdicciones in-

misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema en toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones que pueda haber en contrario en las Constituciones o leyes de los Estados”.

¹¹ Carbonell, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de constitucionalidad*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 14 y 15.

¹² El Pacto de San José establece las reparaciones en el artículo 63.1. “Cuando decida que hubo violación e un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

ternacionales que han sido reconocidas por el Estado mexicano, entre otras muchas cuestiones.¹³

De ahí la relevancia de la reforma de 2011, porque a partir de ahí los tratados internacionales sobre derechos humanos son constitución.

Efectivamente los principios de los derechos humanos se han direccionado, principalmente a la protección de todos los individuos y sobre todo a la de grupos vulnerables y minoritarios.

Los menores se encuentran dentro de éste sector porque ellos mismos son incapaces de enfrentar el peso de la vida sin ayuda de los mayores de los que dependen, y es preciso en este momento en el que se conjunta con el beneficio superior de los menores.¹⁴

¿Qué significa entonces el principio del interés superior del niño? Este principio ha generado disensos en el alcance de su concepto. Así, en algunos tribunales y doctrinas, se le asignan contornos de mayor amplitud, en tanto que en otros se subordina al interés general y familiar.

Son numerosos los estudios sobre el tema que identifican ese interés superior del niño con respeto por los derechos fundamentales de la niñez. Sea cual fuera la posición que se asuma, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier *litis* en la que se discuta la situación de vulnerabilidad o de cuidado de un niño, por ejemplo, en la adopción, cuando se piensa en otorgarle a él una familia y no para que solucione la infertilidad de otro, o cuando se pretende el regreso de un menor al lugar donde tenía su centro de vida por haber sido sustraído o retenido ilegalmente, para evitarle un daño mayor, o cuando la guarda de una persona menor de edad debe quedar en favor de la persona que le otorgue mejor cuidado conforme se sostiene en cortes supremas de justicia de países de la región sudamericana.¹⁵

Vemos ahora que los órganos judiciales, así como toda institución estatal, deben aplicar el principio estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño que se ven afectados o se verán afectados por sus decisiones, así como que en las medidas que adopten prevalezca el interés del menor, aun por encima del de los progenitores; por ejemplo, la expedi-

¹³ Miguel Carbonell, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴ Como ya se dijo es un término que se acuñó en el preámbulo y en el artículo 3o. de la Convención Internacional del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), ratificada por México el 21 de septiembre de 1990, en la que todas las naciones parte se comprometieron a respetar el derecho superior “interés superior” por encima del de los padres, por su vulnerabilidad.

¹⁵ Entre otros, consultar: CSJA, “M.D.H. c/ M.B.M.F. s/ tenencia de hijos, expediente núm. M.2311.XLII, 29 de abril de 2008, Dictamen de la Procuración General.

ción de leyes o de políticas propuestas o existentes, las medidas administrativas y las decisiones de los tribunales, que incluyan o se refieran a los niños deben decidirse, siempre observando el Tratado de los Derechos del Niño de alcance universal.¹⁶

Éste es ya el principio de orden que si bien se estableció en la Convención Internacional del Niño, de ahí han emanado otras convenciones también sobre la protección de los niños, porque la comunidad internacional comprende que los menores no tienen agencia, es decir, no tienen capacidad de actuar y proyectar o propiciar los medios necesarios para lograr sus metas.

Por esto, la reforma al artículo 4o. constitucional¹⁷ establece que la familia y todos sus miembros velarán por el bienestar de los niños bajo el principio antes citado: *el interés superior de la niñez*, en el entendido de que los custodios de este cuidado y el propio Estado garantizarán el cumplimiento de estas obligaciones.

Pero ¿qué pasa cuando los padres entran en pugna, cada quien en defensa de sus propios derechos y sus propios intereses y usan a los hijos como moneda de cambio?, las autoridades al momento en que cada parte solicita la defensa y reparación de un derecho propio ¿de qué manera puede o debe ser ponderado el derecho de los menores?

¿Por qué entonces en los conflictos de pareja, tanto en el ámbito nacional como internacional, quienes resultan más afectados en sus derechos son los niños? Desaparecen de la escena, se difuminan, cuando los padres discuten y cuando van a los juzgados y pelean “según ellos por los derechos de sus hijos”, cuando los secuestran, cuando los ocultan, precisamente esos padres, a veces conscientemente y a veces no, les quitan la voz a sus hijos, los llevan a la oscuridad, al silencio.

A partir de esta problemática, el análisis del tema del cuidado de los niños debe partir del motivo por el cual los derechos humanos en este grupo pierden su calidad de universalidad e igualdad, cuando compiten entre

¹⁶ Pereznieto Castro, Leonel, *Apuntes del curso de verano sobre los principios de los derechos humanos aplicados al derecho internacional privado*, México, ITAM, 2016.

¹⁷ Artículo 4o. “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 (reformado mediante decreto publicado en el *DOF* el 12 de octubre de 2011).

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

El Estado otorgara facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.

sí distintas maneras de ver el mundo, de conocer, sentir, pensar, de cultura y de interpretación de la vida, por ser los casos en estudio provocados por conflictos entre personas con nacionalidades y culturas diferentes que convergen en un hijo.

Al respecto, el sociólogo Boaventura de Souza Santos expone una hipótesis sobre la razón indolente y expresa su proyecto de transformación social con base en la experiencia social de los grupos explotados y oprimidos.¹⁸ Esta teoría la relacionó con la actuación parental al defender cada uno de ellos su “razón indolente” al realizar actos atentatorios en contra de la dignidad de sus hijos desde su propia posición autocomplaciente, en cuanto razona el autor: “El aparente consenso sobre la universalidad de los derechos humanos disfraza, en realidad, el hecho de que estos constituyen un campo de luchas materiales y simbólicas, un espacio de tensión y conflicto atravesado por relaciones sociales e intereses divergentes”.

Dicen que los niños son el futuro del mundo, ¿y su presente?, ¿quién lo defiende?, ¿quién es el responsable de la ponderación de sus derechos humanos? Hasta hoy deja mucho que desear la situación inequitativa de los niños ante la posición de los padres, cada uno en defensa de su razón, pero en absoluto desajuste respecto a los niños que deben ser considerados iguales bajo un parámetro de respeto a la dignidad, sin embargo, en el caso de los menores y, a veces en especial de las niñas, que sus derechos se observan mermados por los demás miembros de la familia, por lo que la igualdad se convierte en discurso.

La regla general establece que todas las personas son sujetos de derechos humanos, en esta generalidad, obvio, se incluye a los niños, con el fin de lograr una vida digna sin actos de violación que la perturben para lograr un desarrollo pleno, en un plano soberano¹⁹ y de democracia donde todos somos iguales.

En este orden de ideas, tendríamos que ponderar quién debe tener más o menos derechos a tutelar. Cuando hablamos de ponderación nos tenemos que referir a Robert Alexy, quien afirma al respecto que:

¹⁸ Aguiló Bonet, Antoni Jesús, “Los derechos humanos como campo de luchas por la diversidad: un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos”, artículo para el proyecto de investigación doctoral Hegemonía y contrahegemonía en la era global, Departamento de Filosofía de la Universidad de las Islas Baleares, España, julio de 2009, Santos B. de Souza, *Crítica de la razón indolente contra el desperdicio de la indolencia*.

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Principia juris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, t. II, Madrid, 2011, p. 14. “los derechos fundamentales son fragmentos de soberanía que nos convierten a todas y cada una de las personas en seres autónomos, capaces de tomar las decisiones más importantes de nuestras vidas, tanto en la esfera privada como en la pública”.

Es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto, qué es lo que en concreto que se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de este pesaje o ponderación... Entendiendo que: “las magnitudes sobre las que se aplican (el “peso” resultante) está decisivamente condicionado por las interpretaciones previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal.”²⁰

Hay autores que sugieren tomar un suceso que afecte moral y relevantemente a un sujeto, en este caso a un niño, y tratar de verlo interactiva e institucionalmente, es decir, desde el punto de vista de qué sujeto individual o colectivo produce el daño, y cómo está estructurada la parte institucional con sus leyes y convenciones e instituciones sociales para conducir hacia un análisis o diagnóstico moral,²¹ situación en la que tenemos que tener una perspectiva desde el actor.

Para otros, se debe plantear la solución evaluando los principios legales que puedan revisar el contexto social, pero no sólo en términos de los conceptos de los principios abstractos, sino desde la evaluación de los individuos menos poderosos de la sociedad.

Desde una perspectiva orientada a los actores “haciendo una evaluación del campo de los derechos humanos internacionales desde una perspectiva del debate de la visión universalista, de los derechos de los grupos y los individuos y sobre la jerarquía frente a la indivisibilidad de los “derechos”.²² Cuyo estudio en realidad hace una comparación entre los derechos humanos occidentales y orientales, haciendo relevante que la universalidad de estos derechos dependerá del lugar donde se realice el discurso, se parte del concepto que existe una reinterpretación y un contexto pluralista y a partir del uso estratégico de las normas culturales o religiosas, así como de los derechos formales, cuando se presentan situaciones reales.

Teoría que trata de explicar que la universalidad de los derechos fundamentales tiene que ver con la cultura y la forma en como viven los actores y los efectos que tendrá en cada uno de éstos según sus necesidades y requerimientos.

²⁰ Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México-Madrid, Editorial Fontamara, 2013, p. 252.

²¹ Pogge, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, p. 51.

²² Kabeer, Naila, *Ciudadanía incluyente: significados y expresiones*, del título original *Inclusive Citizenship. Meanings and Expressions*, México, Editorial Zed Books-UNAM, Programa Universitario de Estudios de Género, 2007, artículo Nyamu-Musembi, Celestina, *Hacia una perspectiva de los derechos humanos orientada a los actores*, p. 38.

IV. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BIENESTAR SUPERIOR DEL NIÑO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CASOS PRÁCTICOS

En este punto trataré de concluir que ha sido muy positiva la inserción de los principios de interés superior del niño y de los derechos humanos, tanto en la Constitución como en la legislación en materia de derecho familiar²³ y familiar internacional.

A partir de la inserción de este concepto se ha venido garantizando un desarrollo integral y una vida digna, a través de mejores condiciones materiales y de satisfactores que les propicia a los niños una vida plena, en el ejercicio de los conceptos que contiene la patria potestad de los padres sobre sus hijos, con el objeto de alcanzar un máximo bienestar posible.

El interés superior del niño lo encontramos aplicado al ejercicio de la patria potestad que los padres tienen sobre sus hijos, dicha responsabilidad se adquiere en la familia por ser el elemento natural y fundamental de la sociedad y ser el lugar, dentro de la comunidad, donde los niños, para un pleno y armonioso crecimiento deben recibir cuidado, educación y formación integral para gozar de una vida independiente y sana.

El tema del cuidado contiene tanto la tenencia física del hijo (guarda), como todo lo concerniente a la atención del mismo en el desarrollo integral de la persona del menor (custodia), significa que ambos progenitores ejercen la formación y el que no lo tiene bajo su cuidado, no se libera de las obligaciones que conserva en beneficio del menor.

Para la Suprema Corte la protección de esta institución es más amplia y protege a otras personas en estado de vulnerabilidad además de los niños, como lo expresa en la siguiente jurisprudencia: “El Estado conforma un sistema de protección de sus derechos y obligaciones respecto de menores,

²³ El artículo 416-ter del Código Civil de la Ciudad de México establece “...se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar entre otros los siguientes aspectos: I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitiva; IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables”.

Por decreto del 4 de diciembre de 2014 se creó la Ley de Niñas, Niños y Adolescentes y el 2 de diciembre de 2014 se publicó el reglamento a esta Ley.

incapacitados, mujeres y adultos mayores y de sus bienes materiales e in-materiales cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social”.²⁴

Todas estas consideraciones vienen a colación para reflexionar que no basta el discurso del uso y aplicación de los derechos humanos o del interés superior del niño, porque es evidente que los menores siguen siendo seres “sin voz” y su dignidad continúa en las manos de los padres más que de los niños, debemos abrir e implementar las normas jurídicas y “ampliar la dignidad jurídica” de los niños hasta donde sea necesario, para establecer los derechos humanos de los niños haciéndoles ver a sus padres que necesitan vivir con armonía y seguridad, sobre todo cuando son absolutamente dependientes de sus padres.

Se debe partir de principios de respeto a la vida y libertad de los niños y no de la estructura legalista, ya que debe observarse la problemática a partir de la sociología o complementándolas con otras ramas y ciencias para que haya mayor efectividad y eficacia en la valoración y ponderación de estos derechos en favor de todos los niños.

Las decisiones deben tomarse rápidamente para evitar más daños de desapego a los menores, pero en especial para respetar su derecho a crecer en un seno familiar.

Para ilustrar el análisis de los aspectos que hemos tratado nos valdremos de un método esencial como lo es emplear la jurisprudencia de nuestros tribunales, aunque sin pretender ser exhaustivos, pues entendemos que el método judicial es actualmente de un reconocido carácter práctico y advierte o mira de una forma realista a la sociedad en sus decisiones.

Vemos que la protección a los menores y a sus derechos humanos, en la práctica implica derechos de visita,²⁵ cuidados especiales en contra de la violencia familiar²⁶ e incluso en la posibilidad de pérdida de patria potestad de los padres sobre sus hijos cuando atentan contra ellos en la omisión de cuidados²⁷ o incluso en restricciones cuando los cometen, que es finalmente

²⁴ Tesis 15°.C.101, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TXXXII, agosto de 2010, p.2265.Reg. IUS 164,103. De la patria potestad.

²⁵ Tesis XXII.1o.7 C (10a.), aislada, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, viernes 1 de julio de 2016 10:05 h, materia(s): constitucional, civil.

²⁶ Tesis 1a. C/2016 (10a.), tesis aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, registro: 2011387, Primera Sala, Libro 29, abril de 2016, t. II, materia(s): constitucional, p. 1122.

²⁷ Tesis 1a. LXXV/2016 (10a.), Décima Época, registro: 2011283, Primera Sala, tesis aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 28, marzo de 2016, t. I, materia(s): constitucional, y en la tesis 1A. XVI/2016 (10a.) Registro: 2010740, Primera Sala, tesis ais-

el resultado importante de toda la legislación internacional y nacional a favor de los menores, como lo vemos en las siguientes jurisprudencias de la Corte:

Derecho de visita. Atento al interés superior del menor, la convivencia entre padres que vivan en el extranjero y los menores, debe efectuarse en la ciudad donde éstos residan, sin la posibilidad de que pueda ser en una diversa, aun cuando sea por tiempo limitado, ya que podría ir en detrimento del adecuado desarrollo psicológico o emocional de los menores (aplicación, en lo conducente, de la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores).

Los artículos 5, 7, 13 y 21 de la Convención Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores disponen, en lo conducente, que: a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor de edad y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual; mientras que el diverso 7, inciso f), prevé que las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover, a su vez, la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores de edad, y que deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan, incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita. en tanto que, el numeral 13, inciso b), establece que la autoridad judicial o administrativa del estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor de edad lo expone a un peligro físico o psíquico o de cualquier índole que ponga al menor en una situación intolerable. Mientras que el artículo 21 determina que la solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor; que las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el referido artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho; adoptarán las medidas ne-

lada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, enero de 2016, t. II., materia(s): constitucional, civil.

cesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho; y, que las autoridades centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán iniciar procedimientos o favorecer su iniciación con el fin de regular o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto su ejercicio. ahora bien, del examen sistemático de los preceptos en cita, se deduce que el derecho de visita se instrumentará igual que la restitución de menores, y que aquél comprende la posibilidad de llevar al menor, por un periodo limitado, a distinto lugar de aquel en que tiene su residencia habitual. También se obtiene que el derecho de visita no opere ipso facto, sino que depende de que, con tal medida, no se ponga en peligro físico o psíquico al menor o en una situación intolerable. de lo anterior deriva que, atento al interés superior del menor, la convivencia entre los padres que viven en el extranjero y los menores, debe efectuarse, exclusivamente, en la ciudad donde residan estos últimos, sin la posibilidad de que pueda ser un diverso lugar de su residencia, aun cuando sea por tiempo limitado, ya que podría ir en detrimento del adecuado desarrollo psicológico o emocional de los menores, en tanto que podría estar en contacto con personas con las que no quisiera interactuar, y se le privaría del contacto físico de con quien ejerce su custodia. en esta lógica, sirve de apoyo la tesis 1A. CXCV/2015 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, el viernes 5 de junio de 2015 a las 9:30 horas y en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, t. I, junio de 2015, p. 591, de título y subtítulo: “Interés superior del menor. Al ponderar sus derechos de convivencia con los del progenitor custodio a decidir el lugar de residencia, el juzgador debe gestionar la posibilidad de conciliar los intereses en conflicto y procurar el mayor beneficio de aquél”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EN ATENCIÓN A ESTE PRINCIPIO, CUANDO LOS PROGENITORES EJERZAN ACTOS DE VIOLENCIA SOBRE LOS HIJOS, PUEDE RESTRINGIRSE SU CONVIVENCIA. Un derecho primordial de los menores radica en no ser separado de sus padres, a menos de que sea necesario en aras de proteger su interés superior. Este derecho se encuentra directamente relacionado con la patria potestad, ya que si bien ésta se encomienda a los padres, ello es en beneficio de los hijos, ya que se dirige a protegerlos, educarlos y formarlos integralmente; así, aunque para dar cumplimiento a la función que se les encomienda a través de la patria potestad, tienen el derecho de corregir a sus hijos, esa corrección debe ser en un ámbito de respeto a su dignidad; de ahí que la patria potestad no puede utilizarse como estandarte para ejercer actos de violencia sobre los hijos, pues ésta, en cualquiera de sus clases, no se justifica como una forma de educación o formación. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, desde

la Observación General No. 1, relativa al tema “Propósitos de la educación”, señaló que el castigo corporal es incompatible con la educación, pues ésta debe impartirse de tal forma que se respete la dignidad intrínseca del niño y se permita expresar su opinión libremente, insistiendo en la necesidad de prohibir todas las formas de violencia por leves que sean; además, definió en la Observación General No. 8 el castigo corporal o físico como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, por leve que sea, indicando que hay otras formas de castigo que no son físicas, pero igualmente crueles o degradantes, e incompatibles con la Convención sobre los Derechos del Niño —como los castigos en los que se menosprecia, humilla, denigra, convierte en chivo expiatorio, amenaza, asusta o ridiculiza al niño—. En atención a lo anterior, cualquier maltrato físico, por leve que sea y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, así como que busque menospreciar, humillar, denigrar, amenazar, asustar o ridiculizar al menor, es incompatible con su dignidad y respeto; no obstante, es importante destacar que cuando el Comité rechazó toda justificación de violencia y humillación como formas de castigos a los niños, no rechazó el concepto positivo de disciplina, pues incluso reconoció que la crianza y el cuidado de los menores, especialmente de los lactantes y niños pequeños, exigen acciones e intervenciones físicas para protegerlos, pero aclaró que ello es totalmente distinto al uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocarles cierto grado de dolor, molestia y humillación. Además, destacó que no incumbe a dicha Convención prescribir detalladamente de qué manera los padres deben relacionarse u orientar a sus hijos; sin embargo, sí ofrece un marco de principios que sirve de guía para las relaciones dentro de la familia, porque los niños aprenden lo que hacen los adultos, no sólo de lo que dicen, por ejemplo, cuando los adultos con los que están estrechamente relacionados utilizan violencia y humillación en sus relaciones con los menores, no sólo demuestran una falta de respeto por los derechos humanos, sino que además transmiten un mensaje poderoso y peligroso en el sentido de que son medios legítimos para procurar resolver conflictos o cambiar comportamientos. De lo anterior se concluye que el interés superior del menor autoriza a restringir la convivencia entre el menor y sus progenitores, cuando es objeto de violencia por alguno de éstos. Ahora bien, dicho interés también dicta que tienen derecho a ser cuidados y educados por sus padres; por tal motivo, el principio de protección de los niños contra la agresión, incluida la que tiene lugar en la familia, no implica que en todos los casos cuando salga a la luz el castigo corporal de los niños por sus padres, deban ser juzgados, pues la situación de dependencia de los niños y la intimidación característica de las relaciones familiares, exigen que las decisiones de enjuiciar a los padres o de intervenir oficialmente de otra manera en la familia, deban tomarse con extremo cuida-

do, pues en la mayoría de los casos no es probable que el enjuiciamiento de los padres redunde en el interés superior de los hijos.

Amparo directo en revisión 3799/2014, 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien formuló voto concurrente y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Míguez.

PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA POR MÁS DE DOS MESES. LA GRAVEDAD DE ESA MEDIDA ESTÁ JUSTIFICADA POR EL MANDATO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES Y SU INTERÉS SUPERIOR (ARTÍCULO 4.224, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO).

La pérdida de la patria potestad por el abandono de los deberes alimentarios prevista en el artículo 4.224, fracción II, del Código Civil del Estado de México, se actualiza cuando el obligado alimentario se abstiene injustificadamente de cubrir las necesidades alimenticias del acreedor durante más de dos meses. Ahora, si bien esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que la pérdida de la patria potestad constituye una medida grave, esa gravedad es directamente proporcional a la importancia de la satisfacción de las necesidades de subsistencia y desarrollo de los niños, cuyos derechos alimentarios constituyen el pilar de su protección. Por tanto, la justificación de la medida descansa en el mandato de garantía de los derechos de los menores derivada del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (interés superior del menor), que se ve reforzada cuando la misma legislación prevé que quien haya perdido la patria potestad por el abandono de sus deberes alimentarios podrá recuperarla cuando compruebe que ha cumplido con éstos por más de un año y, en su caso, otorgue garantía anual para ello. En este sentido, la propia disposición aminorar la gravedad de la medida al permitir su reversión, pero sin dejar expuesto al menor involucrado.

Amparo directo en revisión 1236/2015, 28 de octubre de 2015. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

PATRIA POTESTAD. AL ANALIZAR LA DEMANDA DE SU PÉRDIDA POR ACTUALIZARSE LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 628, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE PUEBLA, EL JUEZ DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

La patria potestad es una institución creada en beneficio de los menores y no de los progenitores, pues constituye una función encomendada a éstos en favor de sus hijos, dirigida a su protección, educación y formación integral; de ahí que su pérdida no es una medida que tenga por objeto castigarlos por incumplir los deberes que conlleva la patria potestad, sino que pretende defender los intereses del menor en los supuestos en los que su bienestar se garantiza cuando sus padres estén separados. Ahora bien, el artículo 628, fracción I, del Código Civil para el Estado de Puebla, prevé que los derechos de la patria potestad se pierden cuando quien la ejerza cometa algún delito grave o intencional contra el menor, sin embargo, no todo delito comprueba que el progenitor incumplió con las obligaciones derivadas del ejercicio de aquélla y que causa con ello un perjuicio a los intereses y el bienestar del menor. Lo anterior es así, porque sin un análisis de la naturaleza del delito y de las circunstancias en las que se comete, la condena a la pérdida de la patria potestad bajo ese supuesto podría ser desproporcionada y contraria a los intereses de los menores, ya que existen delitos cuya naturaleza no denota una afectación evidente y directa a sus intereses, o bien, no demuestra fehacientemente que el progenitor ha incumplido las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, como por ejemplo, en el delito de sustracción de menores, donde dependiendo de las circunstancias en que se cometa, puede o no demostrarse que fue dolosamente y, por tanto, faltó a su deber de cuidado. Consecuentemente, ante la demanda de la pérdida de la patria potestad por actualizarse el supuesto previsto en el artículo 628 citado, el Juez debe atender al principio del interés superior del menor y analizar la naturaleza del delito, así como las circunstancias en las que se cometió, pues de surgir alguna duda razonable respecto a si con su comisión se comprueba que el progenitor faltó a su obligación de cuidado y búsqueda del bienestar del menor, entonces, dicha pérdida no debe aplicarse, porque no asegura la consecución de la finalidad de la norma, que es evitar un mayor perjuicio al menor.

Amparo directo en revisión 1433/2014, 22 de octubre de 2014, mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas; ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, secretaria: María Dolores Igareda Díez de Sollano.