



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

---

---

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**“PROPUESTA PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE  
CONVIVENCIA DE LOS MENORES CON SUS PADRES”**

**T E S I S**

**QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE  
LICENCIADA EN DERECHO**

**P R E S E N T A:**

**ADRIANA NEGRETE VILLANUEVA**

**ASESORA: Dra. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS**



**CIUDAD UNIVERSITARIA**

**2012**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**Para quienes tanto quiero y admiro:**

Sofía y Marco Antonio

**A Dios:**

Por llevarme de la mano en todo momento,  
sostenerme en la lucha diaria, poniendo los instrumentos y medios necesarios  
para lograr mis metas, por iluminarme y guiar mis pasos, allanar mi camino  
y ser el autor principal de todo lo alcanzado.

**A mis Padres:**

Por estar presentes siempre, sin ellos no sería nada,  
porque cada palabra y consejo ayudan a edificar mi vida.

**A mi Esposo:**

Ramón, por darme el mejor regalo en la vida

**A mi querida maestra Dra. María Leoba Castañeda Rivas:**

Admirable ser, que tuve la oportunidad y fortuna de escoger como docente,  
sus enseñanzas en las aulas, son un legado invaluable,  
que ahora forman parte de mi desarrollo profesional,  
gracias por su tiempo y dedicación porque la Universidad,  
se enaltece por contar con personas como Usted.

**A mi Universidad:**

Uno de los logros más importantes, ha sido pertenecer a esta honorable Casa de  
Estudios que me albergó con el mayor tesoro, la educación.

**A la Facultad de Derecho:**

Mi amor y agradecimiento imperecedero al igual que a mis maestros

# **PROPUESTA PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES CON SUS PADRES**

## **INTRODUCCIÓN**

### **CAPÍTULO PRIMERO**

#### **LA CUSTODIA EN EL DERECHO MEXICANO Y LA DIMENSION DE LA FAMILIA**

A. Evolución histórica de la custodia en el derecho.....	2
B. Doctrina Jurídica con relación a la custodia.....	14
1. Concepto .....	15
2. Custodia única.....	17
3. Comentarios a los artículos 1° y 14 Constitucionales.....	20
4. El interés del menor y la custodia en las relaciones familiares.....	25
5. Criterios que determinan la custodia de menores a sus progenitores.....	28
C. Custodia compartida, concepto.....	30
D. El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres.....	33

### **CAPÍTULO SEGUNDO**

#### **ANALISIS DE LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

A. Antecedentes de los Derechos del Niño.....	38
B. Los derechos del niño y los derechos humanos.....	42
C. Convención Internacional de los Derechos del Niño.....	45
D. Importancia de la convención.....	57
E. Los Derechos Fundamentales del Niño y su constitucionalización.....	60
F. Ratificación de la convención por México.....	62
G. Adecuar el marco normativo mexicano para lograr los objetivos de la convención.....	63

H. Establecer el sistema de seguimiento y vigilancia con relación a los derechos de la infancia.....	64
I. La Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal a la luz de la convención Internacional de los Derechos de los Niños.....	66

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU DERECHO DE CONVIVENCIA**

A. Concepto de niñez.....	72
B. Concepto de interés superior.....	75
C. El interés superior del niño a la luz de la convención.....	80
D. El derecho a la protección de la infancia y adolescencia como sujetos de alta vulnerabilidad.....	94
E. El interés superior del niño y sus derechos a:.....	96
1. Vivir en familia.....	97
2. A ser educado.....	98
3. A su libertad personal.....	98
F. Marco Jurídico Internacional, Federal y Estatal que protegen los derechos del niño.....	100
G. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.....	104

### **CAPÍTULO CUARTO**

#### **PROPUESTA PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES CON SUS PADRES**

A. Supuestos que originan la ruptura de la relación paterno filial.....	106
B. Derechos vulnerados por el cese de la convivencia en los ámbitos, Internacional y Federal.....	111
C. Influencias conductuales en los menores por la falta de convivencia con sus progenitores.....	115

D. Importancia de la convivencia de los niños con sus padres.....	122
E. Organismos, dependencias, instituciones y fundaciones que protegen los derechos de los niños.....	125
F. Organismos protectores de los derechos de los niños en México.....	128
G. Propuesta de solución a la problemática planteada.....	129
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>133</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>136</b>

## INTRODUCCIÓN

El derecho de convivencia de los niños con sus progenitores, constituye una forma de garantizar su interés superior, principio que incluso resulta rector de la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, la realidad nos demuestra que cuando por cualquier razón de manera repentina cesa la convivencia con alguno de los progenitores o de ambos, no existen políticas o programas eficientes en los organismos e instituciones, que representen su interés y exijan, se tutele el derecho de convivencia, por lo tanto, el deseo del niño de convivir con sus padres queda supeditado a la voluntad que estos puedan tener para ello, o bien a una resolución judicial que establezca las fechas, horas y tiempo de visitas, situación que evidentemente quebranta el interés superior del niño para engrandecer el del adulto, pues no obstante la importancia de la convivencia de los niños con los progenitores a fin de garantizar su desarrollo, son innumerables los casos en los que los lazos filiales y sobre todo la convivencia simplemente no existe, pues pese a que hay organismos que tutelan los derechos de los niños, el de convivencia se ha dejado en el olvido y simplemente no se contempla dentro de los programas y políticas que desarrollan los organismos e instituciones encargadas de velar por la protección de los niños.

Lo anterior es de vital importancia por el impacto en la formación del carácter que en el niño puede haber, lo que incluso puede tener como resultado la complejidad en su conducta y precisamente, de ahí deriva nuestro interés por escribir sobre este tema.

La tesis referida se denomina: PROPUESTA PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES CON SUS PADRES, la cual quedo dividida en cuatro capítulos. El primero, refiere lo relacionado a la custodia en el derecho mexicano y la dimensión de la familia, precisando la evolución histórica de la custodia en el derecho, su doctrina jurídica, su concepto y el derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres.

En el capítulo segundo, hacemos un análisis minucioso de la Convención Internacional de los Derechos del Niño sus orígenes, y reflexión a la luz de los derechos humanos, la importancia de estos derechos, su constitucionalización, así como la ratificación de la convención por México. La necesidad de adecuar nuestra legislación a los intereses de la infancia y de la convención, resaltando la importancia de establecer el sistema de seguimiento y vigilancia con relación a los derechos de la niñez, culminando con los comentarios a la ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, en comparación con la Convención Internacional de los Derechos de los Niños.

El interés superior del menor y su derecho de convivencia como parte fundamental de este trabajo, se analiza en el capítulo tercero puntualizando los conceptos de niñez, interés superior del niño a la luz de la convención, el derecho a la protección de la infancia y adolescencia como sujetos de alta vulnerabilidad, así como también, los principales derechos del niño, a vivir en familia, a ser educado, y a su libertad, resaltando el marco jurídico internacional, así como también, los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.

Finalmente, en el capítulo cuarto, planteo los lineamientos jurídicos, psicológicos, morales y sociales, que debe tomar en cuenta el legislador y en general, todos los involucrados en un problema derivado de violentar el derecho de convivencia de los menores con sus padres, partiendo de los supuestos que originan la ruptura de la relación paterno filial, los derechos vulnerados al niño por el cese de la convivencia, cómo influye esta omisión en la conducta de los menores en comparación, con los niños que sí conviven con sus padres para así, culminar con los elementos de hecho y de derecho que debe tomar en cuenta el legislador para hacer valer el interés superior del menor.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **LA CUSTODIA EN EL DERECHO MEXICANO Y LA DIMENSIÓN DE LA FAMILIA**

La familia y sus transformaciones, implican por supuesto cambios, en el derecho familiar el cual, debe ajustarse a las realidades de convivencia humana con el fin de proveer de seguridad jurídica y protección a todos los integrantes de la familia, fundamentalmente a los niños, quienes por sus características requieren de toda nuestra atención y cuidado.

Dichas transformaciones son de índole sociocultural, económica y de género, las que se reflejan en el trato más equitativo que se da a hombres y mujeres en la ley, independientemente de la edad, así como en las formas y criterios de protección, y en la resolución de controversias del orden familiar, desde el punto de vista legislativo y judicial.

Entre los temas que se pueden abordar como consecuencia de las transformaciones en las relaciones familiares, se encuentra la figura de la guarda y la custodia de menores por parte de sus progenitores en los casos de divorcio.

“La relevancia de este tema desde siempre ha sido trascendental en el desarrollo integral de los menores y de las familias; más a partir de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de custodia, que se hicieron en 2004, en las que se inserta la figura de la custodia compartida, digna de análisis y consideración”.<sup>1</sup>

Por lo expuesto, será pertinente estudiar lo relacionado a la custodia en el extranjero para así, tener un panorama claro de esta figura jurídica, iniciando brevemente en Roma y nuestro país.

---

<sup>1</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos. 2ª edición, Porrúa, México, 2004. p. 3.

## A. Evolución histórica de la custodia en el derecho.

En Roma, el poder que el padre ejercía sobre los hijos, era absoluto, es decir, era un derecho de propiedad total sobre ellos, a tal grado que el padre, podía venderlos o darlos en esclavitud, ejerciendo así, un derecho semejante al que se tenía sobre las cosas inanimadas objeto de propiedad.

Respecto al tema que nos ocupa, los autores Marta Morineau Idúarte y Román Iglesias González puntualizan que en Roma, “el poder del **paterfamilias**, era prácticamente ilimitado, llegando inclusive a tener derecho de vida y muerte sobre sus descendientes, así como el hecho de poder emanciparlos a una tercera persona. Este poder absoluto y en muchos casos irracional, fue paulatinamente frenado por el derecho y ya, en la época republicana, se hizo mucho más moderado”.<sup>2</sup>

Eugene Petit, precisa que en Roma, “las personas consideradas en la familia se dividen en dos clases, **alieni juris** o **sui juris**, las primeras, estaban sometidas a la autoridad de otro; las otras, eran personas libres y dependían de sí mismas. El nombre **sui juris**, es llamado **pater familias** o jefe de familia. Este título, implica el derecho de tener un patrimonio y ejercer sobre otro las cuatro clases de poderes: autoridad del señor sobre el esclavo, la patria potestad o autoridad paterna, la autoridad del marido o la autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre”.<sup>3</sup>

Podemos apuntar que el **paterfamilias**, definitivamente ejerció un poder exagerado sobre las personas que estaban sometidas a su potestad, incluyendo hijos y nueras ya casados.

---

<sup>2</sup> MORINEAU IDUARTE, Marta y Román IGLESIAS GONZÁLEZ. Derecho Romano. 4ª edición, Oxford, México, 2003. p. 62.

<sup>3</sup> PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 18ª edición, Porrúa, México, 2002. p.95.

“Por lo que respecta al patrimonio de la cónyuge, sus bienes pasaban al marido o al **pater** de éste, produciéndose una sucesión universal entre vivos; en la sucesión **ab intestato** ocupaba la posición correspondiente al vínculo agnaticio creado.

En el matrimonio **sine manu**, la mujer continuaba sometida a la potestad de su propio **paterfamilias** si era **alieni iuris**; si era **sui iuris**, permanece libre, y luego de la desaparición de la tutela perpetua de los agnados pudo ejercer todos los actos de la vida civil”.<sup>4</sup>

Como podemos ver, la potestad paternal, perteneció al jefe de familias sobre los descendientes que formaban parte de ésta, no es, como la autoridad del señor una institución del derecho de gentes, es de derecho civil y no podía ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano. El carácter principal de esta autoridad, era el interés del jefe de familia y no del hijo, es decir, el poder del paterfamilias, era total y la madre, nunca podía tener la potestad paternal.

“Una vez que la esposa había entrado en alguna **domus** distinta a la original, el nuevo **paterfamilias**, su suegro o su marido, tenía un poder sobre ella análogo al que tenía sobre sus hijos. Mediante la **convetio in manum**, la esposa entraba en la nueva familia, es decir, en el lugar que correspondía a una hija; así, en el **ius civile**, la esposa **cum manu** es tratada, en relación con varias materias, por ejemplo, cuando se trata de la repartición de la herencia del marido, como si fuera hija de su propio cónyuge”.<sup>5</sup>

Desde otra perspectiva, se puede apuntar que en el Derecho Romano, entre los cónyuges había igualdad en cuanto a la reverencia mutua que se debían,

---

<sup>4</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VIII. 10ª edición, Dris-Kill, Buenos Aires, República de Argentina, 2000. P. 264.

<sup>5</sup> FLORÍS MARGADANT, Guillermo S. El Derecho Privado Romano. 13ª edición, Esfinge, México; 1985. P. 199.3

la que excluía la deducción entre ellos de acciones penales o que condujesen a la tacha de infamia, de la **actio dolis** y de la acción derivada del hurto; sólo después de disuelto el matrimonio podía tener lugar a partir del derecho pretoriano, una **actio rerum anotarum** para obtener la restitución de las cosas hurtadas, fuera de la **reivindicatio** y la **actio ad exhibendum**. También se concedió a los cónyuges el beneficio de competencia.

La familia en Roma, estaba constituida por el padre, su mujer, dos o tres hijos o hijas, los esclavos domésticos y los antiguos esclavos; ahora liberados, denominados libertos. Se trata de una familia absolutamente patriarcal donde el **paterfamilias** controla todo el poder sobre los demás miembros, así como la disponibilidad de los bienes que poseen. La familia, será uno de los elementos esenciales de la sociedad romana. Pertenecer a una familia vinculada a la posesión de derechos de ciudadanía por lo que los que perdían los derechos ciudadanos se veían excluidos de la posibilidad de formar una familia. Diversas familias forman una **gens**, caracterizada por la posesión de diferentes elementos que la identifican como el ritual funerario o el culto a los antepasados comunes. La importancia de la **gens** alcanzará su momento culminante durante la monarquía y los primeros años de la República. El **paterfamilias**, es la pieza clave de la familia.

Los otros miembros de la familia, esposa, hijos, casados o no; libres, esclavos o serviles, estaban subordinados a la autoridad del **paterfamilia**.

Cuando el ciudadano romano no tenía ascendentes varones vivos o un **paterfamilias**. A la muerte del padre, los hijos se convertían en sus propios **paterfamilias**. El matrimonio romano, es un acto privado, ningún poder público tiene que sancionarlo y no existen contratos matrimoniales. Bien es cierto que conocemos procedimientos matrimoniales, en concreto tres: el más antiguo se manifiesta cuando el **paterfamilias** posee a su familia durante un año ininterrumpidamente y poder ser disuelto cuando pasaba tres noches consecutivas fuera del lecho conyugal. El segundo procedimiento consiste en la realización de un sacrificio en honor de Júpiter ante su sacerdote y el Pontífice; el sacrificio

consiste en la ofrenda de un pan de trigo. El tercero era una falsa compra que se realizaba en presencia del padre de la novia, cinco testigos y el portador de la balanza.

En segundo lugar, estaban los hijos que integraban la familia y comprendían aquellos niños y niñas nacidos del matrimonio que eran aceptados por el **paterfamilias**. Él decidía sobre la anticoncepción o el aborto pero si el niño nacía, debía aceptarlo o no como hijo. Por eso se depositaba al recién nacido a los pies del **pater**, si levantaba a la criatura era considerada hijo/a, pero si no, quedaba excluido de la familia, exponiéndose a la puerta del domicilio o en algún basurero público donde lo recogerá alguien que lo desee. Las criaturas malformadas eran expuestas o ahogadas.

Los pobres abandonaban a aquellos hijos que no podían mantener. Si el hijo era aceptado se integraba en la familia al octavo día del nacimiento cuando se le imponía el nombre individual, **praenomen**, y se le colgaba una pequeña cápsula de metal, bulla, rellena de sustancias que poseían propiedades favorables en una ceremonia llamada **illustratio**. Dada la elevada mortalidad infantil era bastante posible que la línea familiar se perdiera a la muerte del **pater** por carecer de herederos. Para evitar esto se instituyó la adopción, ceremonia de carácter privado celebrado delante de un magistrado en el que se separaba al adoptado de la **patria potestad** de su padre natural y se procedía a su integración en la familia del padre adoptivo.

Como hemos comentado; el **pater** tiene la potestad sobre los esclavos de su familia. Sólo él podrá manumitir al esclavo que pasará a ser liberto, y adoptar el gentilicio de su patrono y establecer una serie de obligaciones jurídicas y materiales con el **pater**. El **paterfamilias**, tiene también las prerrogativas religiosas de la familia, especialmente en lo relacionado con el culto doméstico. Tres elementos forman este culto: El culto al hogar, constituido por Lares y Penates, el culto al Genios, principio de fertilidad, y el culto a los Manes, los antepasados. No es de extrañar que el **pater** tuviera la potestad de imponer

castigos, mancipar, vender, a los hijos o concertar sus matrimonios, normalmente a edades muy tempranas como los siete años. En el acuerdo matrimonial se establecía la dote y el día de la boda. El divorcio era legal aunque sólo estaba justificado en determinados casos como el adulterio, el beber vino o la falsificación de la llave vinaria. Durante el Alto Imperio el fenómeno se generalizará y se agilizarán los trámites necesarios. Los poderes del **pater** también se proyectaban sobre los bienes de la familia ya que ningún miembro puede tener o adquirir bienes propios.

Con relación a la familia, los autores Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, opinan que, “la familia se define como un grupo de personas unidas entre sí, pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden del orden doméstico. Descansaba, no sólo en la unión del hombre y la mujer, sino en la potestad del jefe sobre todos aquellos que la componían”.<sup>6</sup>

Jorge Mario Magallón Ibarra, menciona que: “Reconocer la **potestas** del padre es hacer de la casa romana el santuario inviolable del amor. Ningún tercero tiene derecho a intervenir en los asuntos domésticos. Los disentimientos interiores no pueden debatirse fuera de la casa. El padre es el juez de la morada romana (**domesticus magistratus**), y si no restablece la concordia debe acusarse a sí mismo por no haber sabido conservar su autoridad y mantener desde el principio la autoridad moral necesaria”.<sup>7</sup>

Tal autoridad no era un derecho, sino más bien, un deber, es decir, una función con interés propio de sus subordinados y del Estado. Implica además de la

---

<sup>6</sup> BERNAL, Beatriz y José de Jesús LEDESMA. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neo-romanistas. 2ª edición, Porrúa, México, 1983. p. 66.

<sup>7</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. 1ª edición, Porrúa, México, 1988. p 515.

tutela sobre los familiares su protección contra las injusticias exteriores y su representación en juicio.

Debe advertirse que la palabra **potestas** no se identifica con el poder que la naturaleza, ni el sentimiento general de los hombres o la facultad que las leyes de la mayor parte de los pueblos otorgan al padre para la educación del hijo, y en bien de toda la familia.

La patria potestad de los romanos, era una consecuencia del dominio quiritario, era de derecho civil. Así no tenía los límites que la razón y el consentimiento general de los pueblos suelen prefijarse, pues ni competía a ambos padres, ni reconocía por objeto principal la educación de los hijos, ni terminaba cuando estos podían llegar a constituir otras familias. Efecto de tal consideración era que el padre en su calidad de juez doméstico tenía el derecho de vida y muerte sobre su hijo, que podía venderlo, darlo en uso, y hacer propias todas sus adquisiciones, y extender sobre sus nietos el mismo poder ilimitado.

Como podemos colegir, el sistema romano había llegado a desarrollar en forma notable la potestad paterna, sin embargo, parecer ser que los verdaderos orígenes de la patria potestad todavía permanecen inciertos; precisa Eduardo B. Busso que, “últimamente se ha llegado a la conclusión de que sus raíces ya se encuentran en el derecho ártico, y no exclusivamente en el romano; como fuera sostenido. Lo cierto es que nos llega de Roma la regulación del instituto, con ciertas características que sufrieron un ulterior desarrollo”.<sup>8</sup>

De lo expuesto, concluimos que la patria potestad en Roma, era el poder que ejercía el padre de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes, sino una institución del derecho civil, que sólo puede ejercerla el ciudadano romano sobre sus descendientes, también ciudadano romano. En ella

---

<sup>8</sup> Ibidem. p. 518.

se encuentra no la protección del hijo, sino el interés del jefe de la familia. Esta facultad se ejerce sobre los ciudadanos romanos.

Por lo que respecta a nuestro país, de acuerdo con Edgard Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez Rosalía “los códigos civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884, sólo reconocieron el divorcio menos pleno o de separación de cuerpos, el cual podía obtenerse del común acuerdo en forma voluntaria, o bien por alguna de las causales expresamente señaladas en ellos. En el Código de 1870, se dispuso que debían transcurrir dos años desde la celebración del matrimonio para que procedieran la separación de cuerpos en forma voluntaria, y no procedía después de veinte años de matrimonio.

La Ley de Divorcio del 29 de Diciembre de 1914 y la Ley Sobre Relaciones Familiares de abril de 1917, introdujeron en nuestra legislación el divorcio vincular, que disuelve el vínculo matrimonial, lo que significó un paso trascendente en la legislación mexicana”.<sup>9</sup>

El divorcio remedio se extiende a hipótesis de abandono de hogar, de malos tratos o de otros semejantes, en los cuales ya no es una falta grave la que origina o causa el divorcio, sino son situaciones más o menos permanentes, que han vuelto difícil la vida conyugal o han disuelto de hecho la comunidad de vida armoniosa y feliz que debía existir en todo matrimonio.

Para Eduardo Busso, “el divorcio por mutuo consentimiento es uno de los principios de la doctrina liberal, basada en las tesis de los enciclopedistas del siglo XVIII. Estos pensadores en su prurito laicista, de rescatar, según decían, para el Estado y para la sociedad todas las instituciones que la Iglesia Católica había absorbido dentro de su jurisdicción eclesiástica, afirmaban que el matrimonio no

---

<sup>9</sup> BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía BUENROSTRO BÁEZ. Derecho de Familia. 1ª edición, Oxford, México, 2005. p.187.

es más que un contrato civil y que por tanto al ser un contrato civil, puede terminarse por voluntad de quienes lo contrajeron”.<sup>10</sup>

A este divorcio, se le ha llamado también divorcio capricho, porque, no es necesario exponer cuál es la causa o razón del divorcio sino única y exclusivamente la voluntad, el capricho de los cónyuges, que no quieren seguir en vida común.

La evolución, puede continuar hacia el repudio, o sea, el divorcio unilateral en el cual una de las partes puede pedir el divorcio sin que la otra se entere.

Hasta antes de las reformas del 3 de octubre de 2008, sólo se tenía que comprobar que el matrimonio ha fracasado para declararlo disuelto, y esa prueba no requería que ambos cónyuges lo acepten (divorcio por mutuo consentimiento), actualmente, basta que uno sólo manifieste que la armonía se ha roto.

Durante el procedimiento de divorcio, los hijos quedaban bajo la custodia de la persona que los divorciantes hayan acordado como lo establecía el artículo 273, fracción I. para los divorcios voluntarios y fracción VI del 282 para los causales o de quien señale el Juez artículo 282, fracción VI in fine, actualmente los artículos señalados, el primero está derogado y el segundo modificado, sólo los enunciamos como referencia histórica.

Aquí, es conveniente señalar de acuerdo con la redacción vigente del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, que:

“Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual, deberá contener las siguientes disposiciones:

---

<sup>10</sup> BUSSO, Eduardo. Derecho Elemental de la Patria Potestad. 2ª edición, Harla, México, 1980. p. 227.

- I- Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.
- II- Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.
- III- Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgos para los menores.
- IV- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.
- V- Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- VI- Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, (sic) en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.
- VII- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación

que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

- VIII- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad”.

El derecho de visita es motivo de estudio en la dogmática jurídica reciente. Si bien, no se restringe sólo a los hijos de divorciados, es en relación con éstos como se presenta con mayor frecuencia y en sus formas más agudas y problemáticas y por eso, parece correcta su inclusión en este apartado.

Podemos decir que, la expresión derecho de visita, no es del todo adecuada por insuficiente, pero ha tomado carta de naturaleza y es como en la actualidad se conoce a esa serie de relaciones jurídicas que la jurisprudencia extranjera, sobre todo francesa, ha hecho extender cada vez a hipótesis más diversas, pero relacionadas siempre con el deseo de un progenitor o un pariente cercano de relacionarse con su hijo o pariente menor de edad, con el cual, por cualquier circunstancia, no convive.

La patria potestad, es ejercida por los progenitores, y esto implica que, al vivir juntos, las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser adoptadas de común acuerdo. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez, quien atribuirá a uno sólo la facultad de decidir. Si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. Si los padres se hallan separados, se ejercerá por aquél que conviva con el hijo, con la participación del otro que fije el Juez.

La patria potestad la reciben los padres en el momento de nacer el hijo; si éste es extramatrimonial, en cuanto lo reconocen.

Se pierde la potestad sobre el menor por incumplir los deberes inherentes a ella, como consecuencia de una condena penal, o de la separación, disolución o nulidad del matrimonio. Se extingue por alcanzar el hijo la mayoría de edad o por la emancipación.

En el ejercicio de la patria potestad sobresalen los supuestos siguientes: con relación a las personas que en ella intervienen, deben los padres velar por sus hijos, cuidarlos en forma correspondiente a su edad y circunstancias, tenerlos en su compañía y prodigarles un trato afectuoso; alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, o sea, física, moral e intelectual, en la medida de sus posibilidades. Están facultados para corregirlos de un modo razonable y con moderación; en correspondencia, éstos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo potestad, y respetarles siempre.

Por lo que concierne al patrimonio de los hijos, los padres deben administrar los bienes de estos. En la mayoría de las legislaciones extranjeras ha desaparecido el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, sin embargo, los hijos contribuirán a los gastos familiares cuando así se requiera.

En lo que respecta a la representación tanto personal y patrimonial, el hijo no emancipado no podrá actuar por sí y en lugar suyo actúa su padre o madre, que lo representan. No pueden representar los padres al hijo cuando exista conflicto de intereses con él; en estos casos se nombrará al hijo un defensor judicial.

Con relación a la tutela, esta es considerada como la institución ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hallan privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no están sometidos a la patria potestad prorrogada. A los dementes mayores de edad, en cambio, no se les puede nombrar tutor sin previa incapacitación.

La institución de la tutela, es de ejercicio permanente y habitual: no se nombra tutor para un acto o negocio, sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto a tutela. Se organiza mediante un órgano ejecutivo y de asistencia inmediata: el tutor, y otro que establece al primero y lo vigila: el Juez. El tutor designa entre los familiares más próximos y lo deciden la ley o el Juez. La ley establece un orden de preferencia para ser

nombrado tutor, que el Juez puede alterar con carácter excepcional. Es una persona física, aunque pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados. Puede haber varios tutores, con la misma competencia, o con competencias diferentes.

Al tutor le incumbe el cuidado directo del incapaz cuando resulte necesario; la gestión inmediata de sus negocios y administración de sus bienes, y su representación. La relación con el pupilo muestra, en la tutela de menores, semejanza con la ***paternofilial***. Actúa en lugar del pupilo siempre que éste no pueda hacerlo por sí, como representante legal. Es administrador legal del patrimonio; para los actos más importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar la tutela.

Antonio Cicú; respecto a la guarda de hecho, puntualiza que, “esta figura jurídica, se contempla en el Código Civil español en el capítulo V, título X, libro I. Sin constitución de tutela, cuyas formalidades en la vida real sólo se cumplen cuando hay que enajenar bienes, muchos menores y algunos discapacitados viven en el hogar bajo la hipotética potestad de los cabezas de familia. A estas situaciones atiende el artículo 303 del Código Civil español, al autorizar al Juez para pedir informes en relación con la persona y bienes del seudo-pupilo y establecer medidas de control y vigilancia del seudo-tutor. Los actos realizado por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.”<sup>11</sup>

De acuerdo a lo previsto y en atención a que el juzgador siempre trata de proteger y beneficiar al pupilo, tendrá poderes extraordinarios en el establecimiento de la tutela. Por lo demás, es él quien, tiene noticia del hecho que origina la tutela, dispone que ésta se constituya; señala y exige fianza al tutor; preside la formación del inventario de los bienes del pupilo y determina qué

---

<sup>11</sup> CICÚ, Antonio. Derecho de familia. 3ª edición. Trad. de Santiago Sentís Melendis, Themis, Madrid España. 1967. p. 216.

dinero, valores y objetos preciosos han de quedar depositados. Mientras la constitución no se perfecciona, asume el ministerio fiscal de la representación o defensa del menor o el presunto incapaz.

La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará, de oficio, a solicitud del ministerio fiscal, o a instancia de cualquier interesado, así además puede el Juez establecer en cualquier momento las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado y asimismo, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o incapacitado y el estado de la administración.

### **B. Doctrina Jurídica con relación a la custodia.**

En la actualidad, la doctrina Jurídica ha manifestado y sostenido a través de la legislación y los criterios de aplicación de la ley, relativos a la guarda y custodia de los hijos, comienzan a establecer que la custodia de éstos debe ser decidida sin tomar en cuenta el sexo de los progenitores, obviamente, con la carga de género que se les asigna, en el interés superior del niño; por supuesto, atendiendo a los instrumentos genéricos de derechos humanos que establecen los principios de igualdad, del hombre y la mujer, en y ante la ley, así como de no discriminación. Seguramente con gran influencia de la declaración y la Convención sobre Derechos del Niño, los cuales establecen los estándares internacionales que los Estados de la comunidad internacional deben observar, en este caso respecto a los derechos y obligaciones familiares, para cumplir tanto en la práctica como legislativa y judicialmente con relación a los menores, y en particular, respecto al derecho de convivencia de los hijos con sus progenitores.

En la práctica y la doctrina se ha hablado y se ha distinguido que la custodia no es una figura estática, sino que existe diversidad en su concepción y en su construcción a partir de los casos concretos, lo que ha permitido hacer una clasificación de las formas en que la guarda y la custodia pueden ser determinadas y comprendidas, como a continuación se puntualiza.

## 1. Concepto.

Podemos señalar que la custodia es regulada y determinada por la autoridad judicial competente en cualquiera de las formas en que aparece en las diferentes legislaciones del orbe mundial.

Primero proporcionaremos un concepto que nos permita identificar la figura jurídica de custodia.

Hace referencia a la combinación de derechos, privilegios y obligaciones establecidas o decretadas a una persona, por autoridad judicial competente, normalmente a cualquiera de los padres, para el cuidado y desarrollo integral de otro, en este caso, un niño o niña menores de edad; es decir los hijos, casi siempre.

La custodia implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria que: “Comprende el deber y la facultad de tener a los menores en compañía de los padres, afectando, únicamente a una parte de las facultades integrantes de la patria protestad”.<sup>12</sup>

Jurisprudencia comparada define a la custodia como: “La tenencia o control físico que tienen los padres sobre sus hijos (as) no emancipados (as) (Torres Ojeda y Chávez Ex parte 87 JTS 19). En rigor jurídico, la custodia es un atributo inherente a la patria protestad.”<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> ZANON MASDEU, Luis. Guarda y custodia de los hijos. 2ª edición. Bosch. Madrid, España, 1996. P. 64

<sup>13</sup>.Tribunal General de Puerto Rico, <http://www.tribunalpr.org/orientacion/custodia.html>(17-09-11,20:30).

De igual manera se señala que los criterios que deben regir la resolución sobre quién será quien detente la custodia de los hijos deberán ser el bienestar y los mejores intereses de los menores, independientemente de su sexo o edad.

Finalmente, en la literatura mexicana la custodia se ha definido como: “Guarda o cuidado que se ejerce sobre una persona o cosa”,<sup>14</sup> en este caso los hijos.

La custodia tiene diversas modalidades reconocidas en la doctrina, y que son:

- Custodia compartida.
- Custodia concurrente.
- Custodia alternada.
- Custodia dividida.

Todas presentan características particulares que permiten que los padres lleguen a acuerdos, al considerar el interés primordial del menor y las condiciones particulares de cada uno de los padres.

Pero en este caso, el objeto de estudio será la custodia compartida para poder determinar su viabilidad frente a ciertos fenómenos que se presentan en la familia, particularmente el de la violencia familiar. Por otro lado, abordaremos la custodia única con el fin de poder hacer la comparación entre la figura que se venía regulando en el Código Civil para el Distrito Federal y la custodia compartida insertada ahora con las reformas.

---

<sup>14</sup>.CHAVEZ CASTILLO, Raúl. Derecho de Familia y Sucesorio. Curso de Derecho Civil IV. 2ª edición Porrúa, México, 2009. P. 71.

## **2. Custodia Única.**

Es aquella en la que el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos es atribuido sólo a uno de los padres, y al otro se le establece y permite el régimen de vistas y los alimentos.

En este punto, resulta fundamental señalar cómo se ejerce esta clase de custodia. Tiene dos elementos que determinan su naturaleza y confirman la guarda y custodia para uno de los padres.

El primero de los elementos es lo que se denomina custodia legal, que implica al conjunto de derechos y obligaciones del padre o de la madre para hacer y tomar decisiones fundamentales e importantes que afectan todos los aspectos de la vida del menor. Se refiere a las áreas de más importancia en la toma de decisiones, no limitativamente, como por ejemplo, educación, salud, cuidado médico, práctica religiosa, residencia del menor, clases extracurriculares, métodos disciplinarios, permiso para manejar, entre otros.

El padre que tenga la custodia legal será quien goce de la total autoridad para decidir en los asuntos concernientes al menor que se presenten en la vida diaria, como autorizar una cirugía, independientemente de que se pueda o no contactar al otro padre, o en los permisos, reuniones o asuntos académicos y escolares, etcétera.

Por cuanto a la custodia física, “se señala que se refiere exclusivamente al tiempo (presencial o material) que se comparte o se dedica al menor directamente, mediante la participación de los padres en el cuidado del menor. Obviamente uno de ellos conserva la custodia permanentemente al tener la custodia provisional o definitiva del menor y el otro ejercerá durante el tiempo de visitas que goce con el menor, en ejercicio del derecho de convivencia. Es decir, ésta es plena para uno

de ellos y limitada para el otro en virtud de una resolución judicial o por acuerdo entre los padres.<sup>15</sup>

De cualquier forma implica el tiempo de convivencia frecuente y continuo del menor con ambos padres, como lo establece el artículo 416-Bis del Código Civil para el Distrito Federal: “Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores, tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.”

Así las cosas, en los casos en que el menor viva con uno de los padres, el otro progenitor podrá y deberá ejercer la custodia física en los tiempos designados, como en el caso de las vacaciones, los fines de semana, fiestas, días después de la escuela, pasar juntos la cena y regresarlo a casa, o cuando duerma con él entre semana en días de escuela, por mencionar algunas situaciones objeto de los acuerdos o resoluciones que influyen directamente en la convivencia del menor con uno o ambos padres, e igualmente podrá resolver sobre las cuestiones no fundamentales y del día a día durante los tiempos de convivencia fijados para el padre con régimen de visitas.

De la lectura de los artículos 416 y 416 Bis, relativos a la custodia de menores y al derecho de convivencia, en razón de las determinaciones de custodia que afectan al menor, parece que es precisamente éste régimen, es decir el de custodia única, el que se utiliza hasta nuestros días, lo que resulta confuso respecto de otras disposiciones del mismo código, los artículos 282 y 283 que se verán más adelante, motivo de las reformas de octubre de 2008.

El Código Civil Federal señala en su artículo 416:

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar en el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los

---

<sup>15</sup> Idem.

términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y la custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá...

En este [último] supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor conforme a la resolución judicial.

Confirma lo anterior el siguiente criterio:

**“MENORES DE EDAD. EN JUICIO SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA ES NECESARIO ESTABLECER UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA CON SUS PADRES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).** Conforme a la legislación del Estado de México, el régimen de convivencia del menor no emancipado encuentra sustento en el artículo 267 del Código Civil que prevé su instauración como consecuencia al decretamiento del divorcio de los padres. No obstante, tratándose de juicio sobre guarda y custodia del menor, debe hacerse extensiva la aplicación de ese régimen por actualizarse idéntica situación derivada de la separación de los ascendientes, que si bien como objeto principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno, en forma complementaria conlleva a la necesidad de fijar las circunstancias en torno a las cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con su hijo y de cumplimentar sus obligaciones derivadas de la patria potestad que sobre el mismo mantiene.”<sup>16</sup>

Queda claro que esta situación de la determinación de la custodia establecida a favor de uno sólo de los padres, no exenta al otro del cumplimiento de las obligaciones que en virtud de la filiación y el parentesco se le imponen en la

---

<sup>16</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo. XIII, marzo de 2001, Novena época, página 1735.

ley con respecto al menor, ni tampoco de poder ejercer su derecho de convivencia en los términos que lo manifiesta la misma legislación y la resolución judicial.

### **3. Comentarios a los Artículos 1 y 14 Constitucionales.**

Dar automáticamente preferencia a la madre, o en su caso a cualquiera de los padres sobre el otro, bajo cualquier argumento de orden natural o de género en la custodia de los hijos, genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad en la protección en y ante la ley.

“De conformidad con los instrumentos internacionales convencionales y universales de derechos humanos, tanto generales como específicos; es decir la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño, que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución son ley vigente y positiva en el territorio nacional, así como con los propios artículos 1° y 4° constitucionales, que establecen las garantías de no discriminación y de igualdad del hombre y la mujer en la ley, cualquier consideración que exprese preferencia por razón de sexo, tanto en la ley como en la práctica por las autoridades encargadas de impartir justicia, estará reflejando violaciones a derechos humanos y garantías fundamentales, que llevan implícitas prácticas de discriminación en los casos de determinación de la custodia.”<sup>17</sup>

La edad de los menores, igualmente, junto con aspectos como los anteriores, pueden y han sido elementos que definen criterios para asignar la custodia, con preferencia a la madre y en algunos casos al padre, ya que se considera que las madres son mejores que los padres para cuidar a menores o a

---

<sup>17</sup> TAPIA HERNANDEZ, Silverio. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México. 3ª edición. CNDH. México 2010. p. 63

los hijos pequeños, lo que se toma en consideración para otorgar la custodia automáticamente a las madres, aspecto que no es acertado en todos los casos.

El sexo de los hijos también ha sido, históricamente, un aspecto importante en la decisión de las autoridades judiciales para otorgar la custodia de éstos, lo que representa un criterio discriminatorio contra alguno de los progenitores por cuanto a la designación de cuál de los progenitores detendrá la custodia y cual quedará bajo el régimen de visitas, lo que lleva implícito un trato diferenciado a los progenitores, igualmente por sexo, en la práctica jurídica.

Como podemos ver, nuevamente nos encontramos con los roles, los estereotipos y las prácticas de género, que permean tanto en el ámbito de control formal e informal, y que resultan poco favorables para todas las partes o miembros de la familia. Entonces ya no sólo nos encontramos frente a la discriminación por sexo y a la desigualdad del hombre y la mujer, sino a la discriminación a los progenitores por edad del menor, considerando una preferencia hacia la madre por razón de la juventud de los niños.

Sólo habrá que revisar el contenido del artículo 282, Apartado B, Fracción II párrafo tercero cuando establece: “Los menores de doce años *deberán quedar al cuidado de la madre*, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos”.

Debe quedar claro que no existen argumentos para descalificar a un padre respecto del otro en la crianza de los hijos, salvo aquellos promovidos por las prácticas culturales, roles y estereotipos de género que siempre perjudicarán a alguna de las partes, en este caso a uno o varios miembros de la familia. Asimismo, por el interés superior o el mejor interés de los menores, y en igualdad de condiciones y de circunstancias del hombre y la mujer, cualquiera de los padres está capacitado y habilitado para el cuidado de los hijos.

Sin embargo, siguiendo criterios influidos definitivamente por una perspectiva basada en roles, estereotipos y prácticas sobre lo masculino y lo

femenino, sobre lo que se espera socialmente de la madre y el padre, de acuerdo a dichos estereotipos, los criterios de los tribunales y los del legislador se manifiestan por una preferencia que podría ser discriminatoria a la luz del artículo 4° constitucional, y que en nuestros días es cuestionada:

**“MENORES, CUSTODIA DE LOS. NO ES NECESARIO TRAMITAR INCIDENTE PREVIO PARA ENTREGARLOS EN GUARDA Y CUSTODIA DE SU PROGENITORA SIEMPRE Y CUANDO AQUÉLLOS NO REBASEN LOS CINCO O SIETE AÑOS DE EDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).**-No es

necesario sujetar al trámite incidental, la solicitud de la demanda para que le fuera entregada la guarda y custodia de sus menores hijos, en razón que de acuerdo con los artículos 315 y 336 fracción VI del Código Civil del Estado, los hijos e hijas menores de cinco años se mantendrán al cuidado de la madre; así como conforme al 227 del procedimiento civil de Jalisco, deben quedar al cuidado de la madre los hijos menores de siete años; de lo que se deduce que el legislador jalisciense tuvo como voluntad que, tanto durante el trámite de los juicios respectivos como al decidirse éstos, si los cónyuges tuvieran hijos menores de cinco o siete años, deberían pasar a la guarda y custodia de su madre. Lo anterior es así, si se parte de la base, que es de explorado conocimiento jurídico, que los legisladores no producen disposiciones redundantes ni contradictorias y que si lo hacen es principio de hermenéutica jurídica que las disposiciones de la ley deben interpretarse armónicamente, de tal manera que las mismas valgan sin excluirse en lo individual y se complementen con las restantes. Luego, si de los preceptos citados anteriormente se deduce claramente que, tratándose de matrimonios nulos o ilícitos del trámite provisional como acto prejudicial en un juicio de divorcio o en la decisión final que se tome en un procedimiento de tal naturaleza, la ley impuso al resolutor la obligación “siempre” y “en todo caso”, que los menores aludidos se entreguen en guarda y custodia a la madre de los mismos, obviamente, sin mediar el trámite incidental, porque fue precisamente esa voluntad del legislador, lo que se presenta como una situación razonable y de fácil explicación, si se toma en consideración que el ser humano en esa edad, necesita de extremos cuidados, enorme protección y cariño que sólo le podrán ser proporcionados por la madre,

pues por más que se le pudieran proporcionar por cualquier otra persona, incluso el padre, nunca, cuando menos en situaciones normales, tendrán estas personas la posibilidad de sustituir la calificada atención que le otorga la naturaleza a la madre de los pequeños. No se opone a tal razonamiento, la pretendida falta de audiencia que para ese fin reclama el padre quejoso, porque del texto de los preceptos invocados, se aprecia que fue voluntad del legislador, invertir los factores para conceder primero la natural protección de la madre a los menores y otorgar después esa garantía de audiencia al padre, para que, posteriormente, en la vía incidental, de existir alguna de las inconveniencias que señala la propia ley o alguna otra que adujera el padre, tramitar en esa forma las inconformidades que en contra de la entrega en custodia de los pequeños pudiera hacer valer, como claramente se aprecia de los preceptos referidos, al colocar en la parte final de los mismos la posibilidad de oposición para el padre de los niños”.<sup>18</sup>

El legislador, al parecer y corroborado el criterio por los tribunales civiles, señala habilidades y capacidades de las mujeres por encima de los hombres, madres y padres respectivamente, en cuanto a la crianza y cuidados de los hijos, pero no se señala cuáles son las razones de tal afirmación, incluso indica, a nuestro parecer, frívolamente: “lo que se presenta como una situación razonable y de fácil explicación, al afirmar que uno es más adecuado que otro, lo que permite presumir que el criterio está fundado en creencias y prácticas en torno a estereotipos y papeles desempeñados que permanecen en perjuicio del principio de igualdad en y ante la ley, por aquellos que deben precisamente velar por la exacta aplicación del principio”.<sup>19</sup>

Lo anterior se presenta como una situación razonable y de fácil explicación, si se toma en consideración que el ser humano de esa edad, necesita de extremos

---

<sup>18</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo. VIII, agosto de 1998, Novena época página 845.

<sup>19</sup> GÓMEZ FRÖDE, Carina. Derecho Procesal Familiar. 2ª edición Porrúa. México, 2007. p. 72.

cuidados, enorme protección y cariño que sólo le podrán ser proporcionados por la madre, pues por más que se le pudiera proporcionar por cualquier otra persona, incluso el padre, nunca, cuando menos en situaciones normales, tendrán estas personas la posibilidad de sustituir la calificada atención que le otorga la naturaleza a la madre de los pequeños.

Antes de entrar en el siguiente punto recordemos el texto del 4° constitucional a la letra: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”.

En el mismo sentido se afirma que las disposiciones en materia de custodia, que conceden preferencia a la madre, son compatibles con lo dispuesto en el artículo 4° constitucional:

**“CUSTODIA DE MENORES. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE LA CONCEDE A LA MADRE RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES DE SIETE AÑOS, ES ACORDE CON LO PREVISTO POR EL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL.-** El último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, establece un principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de siete años, consistente en que éstos deben permanecer al lado de su madre “salvo en peligro grave para el normal desarrollo de los hijos”. El espíritu de este principio, evidentemente, tuvo como sustento que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores; consecuentemente, legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos. Es pertinente destacar que si bien el artículo 4° de la Constitución General de la República, estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria “protegerá la organización y el desarrollo de la familia”, de lo cual se

desprende claramente que en este aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto, por consiguiente a proteger el desarrollo de los menores; aspectos que recoge el legislador ordinario y los plasma en el artículo 282 del Código Civil”:<sup>20</sup>

Como podemos ver, este criterio confirma lo dicho al señalar cómo fundamento, que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social del país, que en términos generales, corresponderá a la madre la atención y cuidado de los menores; consecuentemente, jurídicamente hablando, la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados.

#### **4. El Interés del menor y la custodia en las relaciones familiares.**

Con relación al interés del menor, este consiste en que el legislador, juzgador, padres y sociedad en general deben buscar lo que más convenga o beneficie a este, en razón del lugar, actividad o educación que este reciba, es decir, en términos generales, debe prevalecer el beneficio que más obtenga de la guarda y custodia del infante para un adecuado desarrollo psicoemocional.

“El artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 ha consagrado universalmente el principio del interés superior del menor, aunque no ha concretado qué debe entenderse por tal al decir: ...en todas la medidas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés del menor. Mientras que, por ejemplo, en el artículo 21 de la misma Convención en el que se hace referencia a la adopción se especifica que en ella, el interés del menor será la consideración primordial. Ello parece indicar que se hace una

---

<sup>20</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IX. Febrero de 1999. Novena Época p. 511.

distinción entre el interés del menor en el derecho de familia en donde su consideración será la más relevante y en el resto de relaciones en la que esté implicado el menor en la que tendrá una consideración primordial.”<sup>21</sup>

Al no tener esta Convención efecto directo, será la legislación de cada país la que concrete en qué debe traducirse este interés, lo que conlleva a pensar que de haber recibido consagración universal, éste puede adquirir connotaciones distintas en contextos culturales diferentes.

En todas sus manifestaciones, el interés del menor parece que se encuentra localizado, según la mayoría de los autores, en el respeto de sus derechos fundamentales como los de todos los individuos y en el libre desarrollo de su personalidad es el que va a otorgar una nota de incertidumbre a tal interés, al no resultar conveniente actuar en igual grado de protección o imposición sobre un niño que sobre un adolescente, por lo que es preciso, a medida que el menor tenga uso de razón, que sea éste el que manifieste cuál considera que es tal interés.

Desde esta perspectiva, se considera que el menor deja de ser una mera emanación de sus padres para ser reconocido como persona portadora de dignidad constitucionalmente reconocida, no sólo en el ámbito interno, sino por supuesto también el internacional, en el que, según la profesora Alegría Borrás, “tal interés general se recoge en el artículo 39.4 de la Constitución española y comporta: desde el punto de vista del derecho internacional privado, la adopción de soluciones flexibles y de disposiciones materialmente orientadas.”<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> GONZÁLEZ, Martín. Adopción Internacional. 1ª edición, UNAM. México, 2006. p. 46

<sup>22</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Familia. 1ª edición, Porrúa, México. 2000. p. 45.

Siguiendo las pautas de los artículos 3° y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que:

- a) El interés del menor, será siempre criterio fundamental en las relaciones de familia en la que el menor se aparte;
- b) En el resto de las relaciones, el principio del interés del menor tendrá una consideración principal; y
- c) El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, cuyo núcleo principal, lo constituyen los derechos fundamentales regulados en la Convención.

El problema surgirá cuando ese margen de apreciación desplace al núcleo de los derechos. Entonces ya no estaremos ante el interés superior del menor, sino ante la imposición de una cultura sobre la persona del niño.

El Código Civil para el Distrito Federal, con relación al interés del menor, en su artículo 416-Ter, establece:

“Artículo 416-Ter. Para los efectos del presente Código 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 punitivos;
- IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madures psicoemocional; y

- V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”

El Código alude al interés superior del menor con prevalencia a otros derechos. Así, en todo tiempo, el Juez de lo Familiar, puede modificar cualquier determinación tomada en la sentencia relativa a la nulidad de matrimonio de los ascendentes, a propósito de la guarda y custodia de los menores inmiscuidos; igualmente dicha autoridad judicial deberá tomar en cuenta ese interés superior al decidir sobre las modalidades del derecho de visita de los menores cuando el divorcio de sus padres, en los juicios de impugnación de la progenitura, el Juez deberá atender al interés superior del menor; si no hay acuerdo de los padres en cuanto a quién de ellos guarda y custodia cuando no viven juntos, el Juez de lo Familiar, decidirá, atendiendo al interés superior del menor quien pretende adoptar debe acreditar que la adopción es benéfica para el menor, atendiendo a su interés superior; dicho interés es determinante para decidir cuál de los padres tendrá el cuidado del hijo, si estos llegan a separarse; y en todo caso, puede modificarse el orden de a quien corresponda desempeñar la tutela legítima de un menor, en función de su interés superior.

En términos generales, el interés superior de la infancia es el principio universal que debe tomarse en cuenta sobre todos los asuntos que conciernan a niños y niñas, pero sobre todo en los aspectos del orden familiar, y particularmente, en este caso, cuando se trate de decidir la custodia del menor como consecuencia de la solicitud para la disolución del vínculo matrimonial.

#### **5. Criterios que determinan la custodia de menores a sus progenitores.**

El poder Judicial, con el transcurrir del tiempo, ha aplicado diversos criterios sobre los que descansan sus resoluciones relativas a la situación de guarda y custodia de los hijos en los casos de divorcio de sus padres. Como ya hemos visto, han descansado sobre el principio del interés superior del niño, de conformidad con la interpretación que a los casos concretos convinieren, y que

han determinado la conformación de este grupo de criterios que tienen como fin establecer y garantizar los deberes y responsabilidades de los padres para con los hijos y el derecho de convivencia de éstos para con aquéllos. Los criterios obviamente se han presentado para atender a la evolución de las sociedades y de los intereses jurídicos que se pretenden proteger en un orden jurídico; se fundamentan en los deberes y obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, ya que la guarda y la custodia es un deber impuesto a los padres en razón de aquella.

Así las cosas, los criterios que se han tomado a lo largo del tiempo para resolver sobre la custodia de los hijos, los más importantes y sin ningún orden de importancia específico, son los siguientes:

- “La relación de los hijos con sus padres, y en su caso con cualquier otra persona por la que el menor tenga un afecto significativo, por ejemplo, los abuelos maternos y paternos o parientes por consanguinidad, ascendentes o colaterales.
- La edad y preferencia del menor si es suficientemente grande para expresar una preferencia relevante o significativa.
- La duración y adecuación de los arreglos corrientes para el desarrollo de la vida del menor y la expectativa de mantener continuidad.
- La estabilidad en las condiciones de vida del menor.
- El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en los que se desarrollará el niño.
- La capacidad de cada padre para permitir o conceder y animar continua y frecuentemente el contacto entre el niño y su otro padre, incluyendo el acceso físico.
- La capacidad de cada uno de los padres para cooperar o aprender a cooperar en el cuidado de los niños.
- El deseo de cada uno de los padres de conocer, aplicar y ejecutar los métodos de asistencia familiar para cooperar y resolver disputas.

- El efecto en el niño, si sólo uno de los padres tiene la autoridad en la crianza del menor.
- Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional, así como en el bienestar del menor, como los recursos financieros, el alcoholismo y las drogas como impedimento, al igual que la inestabilidad mental o emocional y la discapacidad física, en este último caso, cuando se trata de enfermedades crónicas, con frecuencia en hospitalización, y que crean dependencia de medicamentos o también, por ejemplo, la sordera o la ceguera.”<sup>23</sup>

Nos parece oportuno mencionar que estos son algunos criterios, la enumeración no es limitativa y guarda, un orden de prelación específico, aun así en las resoluciones del Poder Judicial se podrán observar éstos y otros tantos, en atención a las necesidades y circunstancias de los casos concretos.

### **C. Custodia compartida, concepto.**

Gramaticalmente hablando, custodia, “es la persona encargada de escoltar a un preso”.<sup>24</sup>

Para Julián Güitrón Fuentesvilla, el término custodia, significa, “la persona o escolta que guarda a un preso. Es el nombre del receptáculo donde es expuesto el santísimo sacramento. Es sinónimo de guarda o tenencia de cosas ajenas que se administran o conservan, cuidándolas hasta que se entregan a su legítimo propietario.”<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> LLERO LLARGUE, Francisco. Sistemas de Derecho Familiar Civil. 2ª edición Dykinson Madrid España, 2002. p.p. 270 y 271.

<sup>24</sup> Diccionario de la Lengua Española. 1ª edición. Salvat, Madrid, España. México, 2004. p.81.

<sup>25</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Et. al. Compendio de Términos de Derecho Civil. C-D. 1ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2004. p. 125.

Para Rafael de Pina, custodia, “es la guarda o cuidado de una cosa ajena o vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente.”<sup>26</sup>

La custodia, el derecho de visita y el acogimiento, son situaciones que se pueden presentar en todas las instituciones mencionadas, por lo que se deben estudiar de forma independiente.

La custodia surge de la necesidad de una estrecha cercanía entre personas con incapacidad que requieren ser cuidadas por otras que si son capaces, a quienes la Ley les impone esta obligación. Este deber de cuidado consiste en la realización directa o en la vigilancia de la realización de los hechos materiales necesarios para que las necesidades del menor o incapaz, queden satisfechas.

La custodia requiere la diaria y estrecha convivencia. Quien tiene la custodia es el encargado de alimentar al menor de edad o al incapaz o de vigilar que sea alimentado. No es necesariamente quien está obligado a proporcionar los recursos materiales para obtener los alimentos; es quien lleva al médico o vigila que vaya al médico y no quien paga los honorarios del mismo, etc. Su responsabilidad consiste en que el custodiado satisfaga sus necesidades.

Sólo excepcionalmente puede presentarse la custodia entre quienes no viven juntos como ocurre con los menores o incapaces que están en internados o en establecimiento especializados como hospitales psiquiátricos o asilos. En estos casos la custodia se reduce a la obligación de vigilar la exacta satisfacción de las necesidades.

Cuando los padres que están separados, divorciados, en trámites de divorcio o de nulidad de matrimonio, no pueden compartir la custodia, ya que no viven en el mismo lugar. En la jurisprudencia española se ha llegado a considerar la posibilidad de la custodia compartida, estableciendo los jueces que el menor

---

<sup>26</sup> DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 13ª edición, Porrúa, México, 1993. p. 207.

viva con cada uno de los padres un semestre al año, los meses impares del año con uno y los pares con otro o incluso quincenas alternadas. Los doctrinarios españoles opinan que es tan difícil que se presente este caso, que descartan la custodia compartida.

La custodia compartida es una figura nueva en nuestro derecho familiar, por lo menos de derecho, porque de hecho se ha presentado esta práctica con acuerdos no judiciales entre las partes. Como en todos los procesos, en aquellos lugares donde se ha regulado este tipo de custodia, hay quienes se encuentran a favor y quienes en contra de los beneficios y eficacia de esta práctica jurisdiccional y familiar, argumentando sus consecuencias para el o los menores hijos.

La custodia compartida es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos. Esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones.

La custodia compartida no es una alternativa para todos los casos, por eso es importante ver tanto los pro y los contra, como los criterios que se han tomado para determinar quiénes pueden ser buenos candidatos a este tipo de medida.

La custodia compartida como término, está mal empleado, porque en el Diccionario de la Lengua Española, únicamente está, el concepto de compartido que nos remite a ver la palabra tiempo, sin embargo, sí está compartidor, que significa: “aquella persona que comparte en unión con otra u otras.”<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Diccionario de la Lengua Española. Op. cit. p. 82.

Por lo anterior, consideramos que el concepto de compartida, debe cambiarse por alternancia o alternada que está más acorde con los términos de tiempo, espacio y lugar.

#### **D. El Derecho de los Hijos a una Plena Relación con ambos Padres.**

Resulta claro pues, que los hijos necesitan la convivencia con sus padres, lo cual además es su derecho legítimo y esta debe ser procurada en atención a sus necesidades y no atendiendo al capricho de los adultos.

Tal como lo establece la Convención sobre los derechos del niño en su preámbulo y surge integralmente de su espíritu, la familia “es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños,”<sup>28</sup> es decir que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia.

Partimos de la premisa de que los hijos de padres separados o divorciados tienen los mismos derechos que los que viven dentro de un matrimonio; no obstante, sabemos que enfrentan situaciones particulares como consecuencia de la falta de convivencia con ambos padres, o en ocasiones con ninguno. Sin embargo, entendemos que la especificidad de su situación no puede adquirir una envergadura tal que modifique o restrinja la plenitud de sus derechos, especialmente el derecho a la parentalidad y a vivir en una familia.

Es por ello que en este trabajo nos proponemos analizar:

- a) Si las disposiciones legales vigentes en nuestro Código Civil y leyes complementarias, se adecuan a los principios de la Convención sobre los derechos del niño, de rango constitucional, en cuanto a los derechos del hijo en las relaciones familiares que se organizan tras la

---

<sup>28</sup> TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. Op. cit. p. 33

ruptura conyugal o en los casos de los hijos concebidos fuera de matrimonio y, especialmente, si respetan la plenitud del derecho a la convivencia que la Convención y demás instrumentos internacionales así como Leyes Federales y Locales les garantiza.

El principio establecido en el artículo 18 de la Convención, dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo.

**“...Artículo 18.-**

1. *Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*
2. *A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.*
3. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que se reúnan las condiciones requeridas...”<sup>29</sup>*

Si aplicamos un razonamiento lógico, no parecería justificado que el principio de igualdad de los padres en las responsabilidades y beneficios propios

---

<sup>29</sup> Convención Internacional de los Derechos del Niño. 1 edición. CNDH. México, 2004. p. 7.

de la parentalidad deba modificarse en razón de su estado de casados, divorciados, convivencia, o el nacimiento del hijo dentro de un matrimonio o pareja que vive en un mismo domicilio.

Si esto es cierto en relación a los padres, lo es mucho más respecto de los hijos. Resulta difícil encontrar justificación al hecho de que los hijos cuyos padres conviven reciban protección de la ley en cuanto a la efectividad de su derecho a la plenitud de la parentalidad, en tanto los hijos cuyos padres no conviven, por que se han separado la pareja conyugal o porque nunca han vivido en común, no tengan idéntica protección por parte de la ley para su pleno disfrute de la parentalidad.

El artículo 2 de la Convención establece el principio de no discriminación, haciendo referencia a “cualquier otra condición del niño o de sus padres”. Podría resultar lícito entonces, entender que la condición de divorciados o separados o no convivientes de los padres no puede implicar para los hijos una interpretación diversa de la tutela de su mejor interés, en el marco de la plenitud en el ejercicio de sus relaciones paterno-filiales.

Otra norma fundamental relativa al ejercicio de las relaciones paterno-filiales es el derecho del hijo, consagrado en el artículo 9 de la Convención, a no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos y, si bien plantea excepciones, el principio general para evaluarlas, lo cierto es que la separación “será necesaria en el interés del hijo.”<sup>30</sup>

En ninguna de sus normas la convención hace referencia a la situación jurídica de emplazamiento en el estado de los padres, o a su falta de convivencia, por razones de decisión personal, como supuestos excepcionales que habilitan la “separación” del hijo de uno de los progenitores o el establecimiento de un

---

<sup>30</sup> Ibidem. p. 1.

régimen distinto en cuanto a la integridad de las relaciones paterno-materno-filiales.

La separación a que hace referencia la Convención es la que impide en forma terminante el funcionamiento del principio general de que ambos padres son responsables por la crianza y educación de sus hijos.

Entender lo contrario significa introducir una violación al principio de no discriminación en función del estado civil o la decisión de los padres de convivir o no, en cuanto al derecho de sus hijos a ser criados por ambos padres, sin supremacías de uno respecto del otro.

Considerar que la ruptura de la pareja conyugal implica necesariamente un impedimento insalvable en el cumplimiento conjunto de la función de crianza por los padres significa desvirtuar el sentido más profundo del derecho de los hijos a la parentalidad y a la preservación de sus relaciones familiares.

La paternidad-maternidad, requiere toda nuestra atención, amor, cuidado, disciplina, esfuerzo y excelencia. Con demasiada frecuencia tratamos de ajustar la paternidad en un apresurado y estresado horario de trabajo, diversión, desarrollo personal, entretenimiento y actividades que se traslapan.

Confundimos el llevar a nuestros hijos a lugares e involucrarlos en actividades extracurriculares con una paternidad comprometida. Sí, parte de ser padre es ir con ellos a esas actividades, pero la paternidad tiene que ver con la relación, no sólo con correr con los hijos, existen otro tipo de cimientos que se deben tomar en cuenta para enseñar el camino a los hijos y sobre todo para dotarles de las necesidades afectivas que forjen su personalidad y uno de ellos es precisamente la convivencia, pues solo a través de esta entenderemos lo que es importante para el niño.

Es muy común que la madre o el padre al desligarse de los hijos refiera, “esta chiquito y ni cuenta se da”, “no es el primero, ni tampoco el último”, lo cual es

un grave error, en principio porque no debemos subestimar la inteligencia de los niños y además, porque el pensar así es usurpar el sentir del pequeño, no debemos olvidar que, la necesidad de la convivencia la marca el niño y no el adulto, al pensar en convivir debemos atender a lo que el niño necesita y no a la comodidad del adulto.

Debemos pues cambiar nuestra concepción sobre el derecho de convivencia, a fin de comprender que constituye un derecho legítimo del menor y no una elección del adulto, pensar lo contrario es actuar con alevosía y ventaja, pues el adulto simplemente dice “no quiero”, mientras que el pequeño en muchas ocasiones ni siquiera es escuchado, mucho menos complacido.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **ANÁLISIS DE LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

De acuerdo a la mecánica de exposición realizada, este capítulo tratará lo relacionado a los derechos humanos como preámbulo a la aprobación de la convención internacional de los derechos del niño, se destaca que los niños como población más vulnerable, requiere que sean dictadas las medidas que garanticen su sano desarrollo, atendiendo a sus características, porque tal derecho deviene de su condición ante todo de persona.

#### **A. Antecedentes de los Derechos del Niño.**

Podemos encontrar como punto de referencia respecto de los derechos de los niños, la propia Declaración de los Derechos Humanos, entendidos como pretensiones justificadas relativas a un sistema de normas jurídicas a través de las cuales se alegan razones fundadas, dotadas de los atributos de universalidad, historicidad y especificación, de cuyo contenido por su trascendencia al reconocimiento de los derechos del niño, conviene citar los siguientes artículos.

“Artículo 1.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

“Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

“Artículo 6.- Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

“Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a la igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda

discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

“Artículo 25.-

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”<sup>31</sup>

De la interpretación sistemática de los preceptos en consulta, se concluye que todos los seres humanos tenemos los mismos derechos, sin importar el color, la etnia, ni ningún otro tipo de situación o característica que lo pueda hacer diferente, cuanto más tratándose de los niños, esto es, los niños como seres más vulnerables, deben ser protegidos en todos sus derechos y necesidades que evidentemente de acuerdo a su edad sean requeridos, para garantizar un desarrollo integral, pues es en la infancia cuando se forjan los valores y cuestiones de identidad que en lo futuro garantizaran el éxito del niño, el cual es conveniente precisar no debe considerarse tan solo como los frutos económicos o reconocimientos académicos que un ser alcance cuando adulto, sino en cuanto a su plenitud como ser humano.

---

<sup>31</sup> Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III). Diciembre 10 de 1948.

Conviene destacar que, el artículo 25 precisa que, **todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio**, tienen derecho a igual protección social, con ello podemos ver pues, que cuando una legislación establece que los hijos tienen derechos derivados de la filiación, la cual solo se concibe cuando los niños son reconocidos, es una clara violación al derecho del niño, pues el reconocimiento de un hijo no puede ni debe supeditarle el ejercicio de sus derechos legítimos y esenciales para su sano desarrollo, como en lo particular lo es el derecho de convivencia.

La noción de los derechos de la niñez se inscribe pues a escala mundial dentro de una gran corriente de derechos humanos que ha tomado fuerza también durante el siglo que finalizó.

Este avance ha dado pie a una gran cantidad de instrumentos de carácter internacional en torno a los diferentes derechos humanos y que constituyen herramientas jurídicas fundamentales que deben ser adaptadas a las situaciones específicas en cada sociedad. Sin embargo, podemos decir que la noción de derechos humanos refleja la importancia de promover el respeto y despliegue de la dignidad humana, en un ámbito de justicia social que involucra las dimensiones tanto individual como colectiva de la persona.

Por ello los instrumentos jurídicos relacionados con los derechos humanos van dando cuenta de la necesidad de libertad, igualdad, paz, trabajo, autodeterminación, asilo, etc. Se han creado, en este devenir, categorías para referirse a los derechos: derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales.

Desde esta idea los Estados democráticos se deben construir bajo la noción de garantizar, respetar y promover los derechos de la población que les dio origen. Por ello cada Estado tiene la obligación de crear los instrumentos jurídicos que sean apropiados para proyectar una mejor condición de los pueblos, y de hacer uso de influir en los instrumentos jurídicos internacionales para lograr sus propósitos.

La niñez tampoco ha quedado fuera de este proceso histórico de la humanidad, aún cuando es uno de los sectores de ésta, a los que ha tardado más llegar a tal reflexión. Si cuando hablamos de los derechos humanos en general entendemos que es mucho lo que falta para lograr la justicia y dignidad humanas, cuando se trata de los niños y niñas vemos que el vacío es todavía enorme. El avance de los derechos humanos nos muestra la necesidad de avanzar en la comprensión y proyección de aquellas condiciones que son necesarias para esta clase de población en específico, es decir para los niños, de forma que seamos capaces de articular aquellos elementos que son necesarios para ello.

Para entender las razones por las que ha avanzado la noción de los derechos de la infancia, pero también los enormes obstáculos para su cabal cumplimiento es necesario remitirse a algunos elementos fundamentales:

- La situación histórica y actual de la infancia.
- El concepto de infancia.
- El principio de interés superior de la niñez.
- La búsqueda de una nueva relación sociedad civil gobierno.
- Mecanismos de exigibilidad.
- Los derechos de la niñez frente a la globalización económica.
- La convención de los derechos de la infancia como instrumento filosófico y legal sobre los derechos de la niñez.
- La influencia de la Convención en las políticas públicas y los marcos legales en México.

“Debemos considerar que cuando hablamos de derechos humanos, obligadamente tenemos que referirnos a la garantía de igualdad, que en su primer reconocimiento en la proclamación de los derechos humanos, fue concebida en su artículo 10, empero es preciso acotar que esa igualdad reconocida como un derecho humano, no debe entenderse como sinónimo de semejante trato en todos los órdenes de la vida, pues existen grupos que son más vulnerables y que evidentemente no pueden recibir un trato igual, verbigracia, personas con una

habilidad diferente de una persona que se basta a sí mismo en todos sus aspectos físicos. Así pues, los niños al ser de acuerdo a su naturaleza más frágiles que el resto de las personas, requieren de una especial atención, pues es en la etapa de la niñez cuando se forjan los valores y carácter que habrán de dirigir la vida adulta, de aquí que, cuando hablamos de interés superior, decimos que es punto fundamental a garantizar el pleno desarrollo concebido de forma integral, de los infantes”.<sup>32</sup>

Así pues, en un escenario donde se pugna para que se reconozca el derecho que tienen los niños a sobrevivir, y desarrollarse; a vivir libres de violencia, abuso y explotación; a que sus puntos de vista sean respetados, y a que se tomen medidas que tengan plenamente en cuenta sus intereses se genera la plataforma de un proceso progresivo que llega a la cúspide el 20 de noviembre de 1989, con la aprobación de la convención sobre los derechos del niño, primer instrumento internacional legalmente vinculante que firma los derechos humanos para todos los niños y niñas, en todos los países y culturas, en todo momento y sin excepción alguna.

### **B. Los Derechos del Niño y los Derechos Humanos.**

Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social.

---

<sup>32</sup> Ibidem. p. 64.

“Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas”.<sup>33</sup>

No están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también, es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una

---

<sup>33</sup> QUINTANA ROLDÁN, Carlos F. Derechos Humanos. 5ª edición, Porrúa, México, 2008. p. 139.

perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

América Latina es una región en la que existe un conjunto importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

“La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos”.<sup>34</sup>

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América latina que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.

---

<sup>34</sup> Ibidem. p. 140.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños –incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional– cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños –como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación–; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos, y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas en relación a la infancia.

El reconocimiento jurídico del “interés superior del niño” tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como “principio” que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

### **C. Convención Internacional de los Derechos del Niño.**

“La Convención sobre los Derechos de los Niños, representa un auténtico hito en el abordaje de los temas de la niñez, al establecer los principios fundamentales que en esta materia deben guiar al quehacer legislativo, político y de la sociedad en su conjunto: el interés superior del niño, la no discriminación, el derecho a la supervivencia y el desarrollo, así como la opinión y participación de las personas menores de 18 años de edad, en todos aquellos aspectos de la vida que les conciernen”.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Resolución 44/25, que entró en vigor el día 2 de septiembre de 1990, según artículo 99.

La propuesta inicial, tendiente a proyectar los avances logrados con la Declaración de 1959, correspondió a Polonia, si bien tal iniciativa se limitaba a reformular los derechos allí enunciados.

Más la profunda transformación evidenciada por la sociedad en el transcurso de ese tiempo y la sanción de numerosos y trascendente pactos internacionales relativos a los derechos de la humanidad, que incluían al niño en forma más o menos directa, determinaron la necesidad de otorgar un instrumento que reflejara tales avances, a la vez que constituyera un compromiso con la sociedad, representada por los distintos Estados, respecto de considerar al niño en la plenitud de su proyección como persona.

“El propio preámbulo de la Convención alude a algunos de estos instrumentos internacionales, pues menciona a la Carta de la Naciones Unidas; la Declaración Universal de Derechos Humanos; La Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; La Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la ya mencionada Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y, como se señala en el Preámbulo, en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que interesan en el bienestar del niño”.<sup>36</sup>

Existen otros instrumentos que, igualmente, vinieron a conformar todo un panorama de reclamos por la concreción de los derecho de la niñez, que transformaron el carácter meramente enunciativo o de recomendación inherente a las declaración, en una normatividad con fuerza vinculante e incorporada a los ordenamientos jurídicos de los respectivos Estados, con la jerarquía necesaria.

---

<sup>36</sup> Ibidem. p. 27.

Ruiz Jiménez, en el boletín del Instituto Interamericano del Niño, menciona los siguientes: “El pacto internacional de derechos civiles y políticos; la Convención sobre la lucha contra la discriminación en el dominio de la enseñanza; la Convención sobre la política social; la Declaración sobre el progreso y el desarrollo social, dada por los respectivos organismos, así como emanados del Consejo de Europa y de la Organización de Estados Americanos”.<sup>37</sup>

Es preciso destacar el relieve que, entre tales antecedentes, reviste la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Los trabajos preparatorios de esta declaración se iniciaron en 1946, en forma conjunta con los de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo influjo trascendental llevó a hacer dudar sobre la necesidad de un instrumento específico para los niños.

Pero se destaca en doctrina que en dicha Declaración se consagran derechos exclusivamente sociales, sin contemplarse los civiles y políticos, y sus principios resultan recargados de detalles, sin cláusulas de aplicación propiamente dichas.

Ese contenido obligatorio, propio de las convenciones, comienza a ser considerado una necesidad y, con motivo del Año Internacional de Niño (1979), Polonia peticiona a la Asamblea General que se adopte un instrumento de tal carácter.

“La adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño constituye una de las manifestaciones de que tales inquietudes pueden ser receptadas y que cuando esos pactos internacionales se constitucionalizan, se convierten en

---

<sup>37</sup> RUÍZ JIMÉNEZ, Raúl. Boletín del Instituto Interamericano del Niño. 3ª edición, BII, Argentina, 2008. p. 170.

instrumentos decisivos para el bienestar de los niños, en atención a su positividad reforzada.

Destaca O'Donnell los diversos propósitos que tienen los preámbulos, a la vez que analiza con detenimiento los distintos párrafos del correspondiente a la Convención y precisa los instrumentos internacionales allí mencionados, y le otorga a dicha cita importancia en cuanto a la interpretación de las disposiciones volcadas en los artículos".<sup>38</sup>

Al considerar el tan importante noveno párrafo del preámbulo, referente a la debida protección del niño desde antes de su nacimiento, resalta este autor que su inclusión, reproduciendo lo establecido en el preámbulo de la Declaración de 1959, constituyó una solución de compromiso ante el especial reclamo de los países católicos e islámicos, que apoyaban el reconocimiento del derecho a la vida a partir de la concepción. Destaca O'Donnell que el valor jurídico de este párrafo es limitado, pues si bien puede servir para la interpretación del tratado, carece de valor positivo.

"Así, cuando en el preámbulo la Convención alude a la dignidad intrínseca y a los derechos iguales e inalienables de todos los hombres, o a la promoción del progreso social y la elevación del nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad, y cuando dice que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y que el niño debe crecer en el seno de la familia, u otros enunciados de similar entidad, está haciendo una decidida determinación de propósitos que no pueden ser considerados sólo pautas interpretativas.

Entre tales pronunciamientos de contenido sustanciales se encuentra el de la protección de la persona a partir de la concepción, convirtiéndose así en el elemento primordial por sobre todo otro que se pretenda oponer por vía interpretativa.

---

<sup>38</sup> Ibidem. p. 171.

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX”.<sup>39</sup>

El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general.

Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico, permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

“El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –

---

<sup>39</sup> TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. Op. cit. p. 115.

nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas, pues en su artículo 41, la convención del los Derechos del Niño, precisa que, nada de lo en ella dispuesto afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que pueden estar recogidas en el derecho de un Estado parte, o en el derecho internacional vigente con respecto al Estado; de aquí que, los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general”.<sup>40</sup>

En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que proporcionaba un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es pues una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como en el caso del de “interés superior del niño”.

Mientras que la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 expresaban las aspiraciones de la comunidad internacional en lo tocante a los derechos de la infancia, la Convención y sus

---

<sup>40</sup> Ibidem. p. 116.

Protocolos Facultativos son instrumentos jurídicos, de manera que las naciones que los ratifican se comprometen a cumplir sus estipulaciones.

Los Estados partes deben informar periódicamente al Comité de los Derechos del Niño, el organismo encargado de velar porque los Estados Parte apliquen la Convención y sus Protocolos Facultativos. Los 18 miembros del Comité ofrecen además orientación a los Estados Partes acerca de cómo interpretar y aplicar este tratado.

Pero la Convención es más que un tratado dotado de un mecanismo de supervisión: se trata de un proyecto de gran alcance referido al cuidado y la protección de los niños y niñas en términos prácticos y morales. La Convención establece unas normas comunes, pero también reconoce que para garantizar la apropiación y pertinencia, cada Estado Parte debe hallar su propia forma de poner en práctica el tratado. En los Comentarios Generales y en las medidas generales de aplicación que se establece el Comité de los Derechos del Niño se ofrece orientación sobre la aplicación a escala nacional y los cuatro principios básicos de la Convención.

- a) La no discriminación, o universalidad (artículo 2)
- b) La adhesión al interés superior del niño (artículo 3)
- c) El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6)
- d) El respeto por los puntos de vista del niño (artículo 12)

Dentro de los derechos de los niños destacan:

**Derechos a la no discriminación.-** Ningún niño debe ser perjudicado de modo alguno por motivos de raza, credo, color, género, idioma, casta, situación al nacer o por padecer algún tipo de impedimento físico.

**Derechos a la adhesión al interés superior del niño.-** Cuando las instituciones públicas o privadas, autoridades, tribunales o cualquier otra entidad

deban tomar decisiones respecto de los niños y niñas, deben considerar aquellas que les ofrezcan el máximo bienestar.

**Derechos a la protección.-** Estos derechos incluyen la protección contra todo tipo de malos tratos, abandono, explotación y crueldad, e incluso el derecho a una protección especial en tiempos de guerra y protección contra los abusos del sistema de justicia criminal.

**“Derechos a la supervivencia y el desarrollo.-** Estos son derechos a los recursos, aptitudes y las contribuciones necesarias para la supervivencia y el pleno desarrollo del niño. Incluyen derechos a recibir una alimentación adecuada, vivienda, agua potable, educación oficial, atención primaria de la salud, tiempo libre y recreación, actividades culturales e información sobre los derechos. Estos derechos exigen no solamente que existan los medios para lograr que se cumplan, sino también acceso a ellos. Una serie de artículos específicos abordan las necesidades de los niños y niñas refugiados, los niños y niñas con discapacidades y los niños y niñas de los grupos minoritarios o indígenas”.<sup>41</sup>

**Derechos a la participación.-** Los niños y niñas tienen derecho a la libertad de expresión y a expresar su opinión sobre cuestiones que afecten su vida social, económica, religiosa, cultural y política. Los derechos a la participación incluyen el derecho a emitir sus opiniones y a que se les escuche, el derecho a la información y el derecho a la libertad de asociación. El disfrute de estos derechos en su proceso de crecimiento ayuda a los niños y niñas a promover la realización de todos sus derechos y les prepara para desempeñar una función activa en la sociedad.

De lo expuesto se infiere, que a partir de la declaración realizada en 1959 con grandes carencias en cuanto a los derechos de los niños se refiere, así como

---

<sup>41</sup> PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat. Los Derechos del Niño, 2ª edición, Congreso de la Unión. LIX Legislatura, Cámara de Diputados, México, 2003. p. 81.

su carácter de texto sin obligaciones jurídicas para los estados participantes, es que se desarrolla otra herramienta que garantice de manera eficaz el cumplimiento de dichos derechos: la Convención establecida en 1989.

Es por esta razón que la Convención tiene el carácter de la Ley Internacional y los Estados Partes deberán asegurar su aplicación, y las medidas adecuadas para su protección.

Esta Convención abarca todo lo referente a los derechos humanos, es decir, reconoce derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y sociales.

Para su estudio y lograr tener una visión más clara de esto, se organizaron los derechos en tres grupos:

- a) “Primer grupo: derechos individuales del niño, como el derecho a la vida, la libertad, entre muchos otros.
- b) Segundo grupo: derechos del niño con relación a los demás, como libertad de expresión, de pensamiento, etc.
- c) Tercer grupo :referentes a su familia, teniendo en cuenta que son los padres o tutores quienes garantizan el cumplimiento del goce de sus derechos”<sup>42</sup>

Esta Convención cuenta con 54 artículos, distribuidos en tres partes.

La Convención de los Derechos de la Infancia sigue siendo el principal y más importante instrumento internacional sobre esta materia no solo porque es un marco que orienta de manera diferente la legislación y la políticas públicas de los Estados firmantes de este acuerdo, sino porque además encierra una concepción vanguardista sobre los derechos de la niñez; por ello se dice que la Convención

---

<sup>42</sup> Ibidem. p. 82.

sigue siendo el parteaguas histórico para ver, entender, tratar, y relacionarse con la niñez.

Esto no significa que la Convención no pueda ser enriquecida con nuevas propuestas y visiones sobre lo que significa y necesita la infancia; de hecho tanto este, como otros instrumentos internacionales pueden ser fortalecidos.

Una prueba de ello son los protocolos relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía aprobados por los Estados Parte en el 2000, es decir 10 años después de suscrita la Convención y que ahora forma parte de la misma.

Sin embargo queda claro que ni los principios ni las disposiciones establecidas dentro de la Convención han logrado afectar todavía de manera apropiada las estructuras de países como México, razón por la cual es necesario seguir insistiendo en la necesidad de que la sociedad en general, el gobierno y sus instituciones sean influenciadas por esta visión dentro de los que se le denomina una “Cultura por los Derechos de la Infancia”.

“Es importante también, señalar que hay dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño, que fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 25 de mayo del 2000. Se trata del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que entro en vigor al 18 de enero de 2002, el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los Niños en los conflictos armados, que entro en vigor el 12 de febrero de 2002. La redacción de los Protocolos Facultativos se centro en temas que los Estados partes consideraron que exigían un compromiso mayor que él se describe en la Convención”.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Ibidem. p. 83.

El proceso de redacción consensuado de la Convención llevó a que la edad mínima para la participación de los niños en las Fuerzas Armadas se estableciera en torno a los 15 años, una edad que muchos países consideraron como demasiado temprana. El Protocolo Facultativo requiere a los Estados Partes prohibir la conscripción de cualquiera persona menor de 18 años, adoptar todas las medidas viables para garantizar que los soldados reclutados voluntariamente y menores de 18 años no participen en el combate, y penalizar el reclutamiento de niños menores de 18 años por los grupos rebeldes

“El protocolo resolvió la contradicción de la Convención, que no garantizaba a los soldados menores de 18 años los mismos derechos y la misma protección que al resto de los niños, y que establecía una norma jurídica y una regla internacional que facilitaba la tarea de responsabilizar a los países y alentaba la aprobación de leyes nacionales de conformidad con sus principios. En julio de 2009, el protocolo había sido ratificado por 128 países y firmado por otros 28”.<sup>44</sup>

El Protocolo Facultativo relativo a la venta de los niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía fue concebido para fortalecer la protección de los niños y las niñas contra estas formas de explotación.

Entre sus disposiciones cabe destacar recomendaciones sobre la penalización de este tipo de prácticas; procedimientos para la extradición de las personas culpables de estos delitos; llamamientos para la cooperación internacional en la búsqueda y enjuiciamiento de los culpables; procedimientos para proteger y asistir a la víctimas infantiles; y llamamientos para promover la sensibilización de la opinión pública. “El Protocolo Facultativo relativo a la venta de los niños la prostitución infantil, y la utilización de niños en la pornografía sirvió para aumentar la conciencia internacional sobre los complejos temas implicados e influir en los intentos de los gobiernos nacionales para aprobar y poner en vigor

---

<sup>44</sup> BIDART CAMPOS, Germán. La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos. En revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. No. 19, enero/junio, 1994. p. 28.

leyes pertinentes. En julio de 2009, el Protocolo había sido ratificado por 132 países y firmado por otros 29”.<sup>45</sup>

Un aspecto peculiar de los Protocolos Facultativos es que en ellos figura una disposición especial que facilita su ratificación por parte de los Estados Unidos y de Somalia, los dos únicos países que no han ratificado la Convención. El gobierno de los Estados Unidos ratificó ambos Protocolos Facultativos el 23 de diciembre de 2002; Somalia ha firmado pero no ha ratificado el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

Finalmente, debemos puntualizar que todos los gobiernos que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) debe realizar un informe y presentarlo ante Comité de los Derechos del Niño, el cual es el encargado de supervisar la aplicación de la CDN. Está compuesto por 18 expertos internacionales con experiencia en el ámbito de los derechos humanos, estos son elegidos por los Estados Partes.

La presentación de informes por parte de los gobiernos debe de considerar las siguientes orientaciones para su elaboración:

- “Las medidas generales para dar efectividad a los derechos.
- Definición del niño.
- Principios rectores.
- Derechos y libertades civiles.
- Entorno familiar y otro tipo de tutela.
- Salud básica y bienestar.
- Educación, esparcimiento y actividades culturales.
- Medidas especiales de protección”.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Ibidem. p. 29.

<sup>46</sup> Idem.

El primer informe se presenta en el plazo de dos años a partir de la fecha de ratificaciones del país, y luego deben presentar informes periódicos cada cinco años.

Este Comité realiza observaciones y sugerencias a los gobiernos (estados partes), sobre los resultados y acciones obtenidos, con el fin de garantizar en la medida de lo posible la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño.

#### **D. Importancia de la Convención.**

“El 20 de noviembre de 2011, la comunidad mundial celebra el vigésimo segundo aniversario de la adopción de la convención sobre los Derechos del Niño por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este documento excepcional se perfilan las normas universales relativas a la atención, el tratamiento y la protección de todas las personas menores de 18 años. Es el tratado sobre derechos humanos más ampliamente reconocido de la historia, ratificado actualmente por 193 Estados partes”.<sup>47</sup>

Durante las últimas dos décadas, la Convención ha transformado el modo en que se considera y se trata a la infancia en todo el mundo. Ha ejercido una profunda y duradera influencia en las legislaciones, los programas y las políticas nacionales e internacionales, las instituciones públicas y privadas, las familias, las comunidades y los individuos, y ha servido de apoyo a importantes progresos en materia de supervivencia, desarrollo y participación en todo el mundo.

Pese a los numerosos desafíos que persisten con respecto a la conquista de los derechos de la infancia, la Convención plantea una visión de un mundo en el que todos los niños y niñas sobreviven y progresan, y se les protege, se les respeta y se les alienta a participar en las decisiones que les afectan. Esta visión promueve un mundo de paz, de tolerancia, de equidad, de respeto por los

---

<sup>47</sup> TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. Op. cit. p. 161.

derechos humanos y de responsabilidad compartida. En suma, un mundo apropiado para la infancia.

“La Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que entro en vigor el 2 de septiembre de 1990), es el tratado sobre derechos humanos y el instrumento para la promoción y la protección de los derechos de la infancia más completo. Si bien en otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos figuran disposiciones que protegen los derechos de la infancia, la Convención es el primero que articula todos los derechos pertinentes a la infancia: económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Ha sido asimismo el primer instrumento internacional que reconoce de forma explícita a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos”.<sup>48</sup>

Conforme a las disposiciones del tratado, los Estados Partes están legalmente obligados a satisfacer los derechos de todos los niños. La Convención comprende 54 artículos y se basa en cuatro principios fundamentales, a saber:

- a) La no discriminación;
- b) El interés superior de la infancia;
- c) El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo;
- d) El respeto por los puntos de vista de la infancia

Su amplio alcance, y la importancia que otorga a la participación de niños y niñas, confieren una trascendencia intemporal a todas las acciones orientadas a promover, proteger y satisfacer los derechos de la infancia.

“La Convención constituye una aportación fundamental al marco internacional de los derechos humanos. Aunque existe desde hace solo dos decenios, ha logrado una aceptación casi universal: hasta 2009 la han ratificado

---

<sup>48</sup> Ibidem. p. 162.

193 países, y los dos que quedan, Somalia y Estados Unidos, han manifestado su apoyo mediante la firma del tratado. La influencia de la Convención y sus protocolos facultativos se ha difundido por continente y regiones, países y 7 comunidades, y no cabe duda que continuara siendo la Carta Magna de la infancia durante décadas e incluso siglos”.<sup>49</sup>

La Convención ha reafirmado y enriquecido los derechos humanos de forma notable. Los reafirma al aplicar directamente a la infancia muchos de los principios básicos de instrumentos internacionales sobre derechos humanos anteriores, tales como la universalidad y la no discriminación. Y los enriquece al consolidar y ampliar las disposiciones comprendidas en otros instrumentos sobre derechos humanos, especificando las responsabilidades y obligaciones de los Estados Partes en relación a la infancia. Incorpora derechos de la infancia que no estaban totalmente articulados, -en particular el derecho a la participación-, y declara que el interés superior de niños y niñas deberá ser la consideración primordial en todas las acciones dirigidas a la infancia recae sobre aquellas personas o instituciones encargadas de velar por los niños y niñas y a las que se encomienda la misión de garantizar que sus derechos se respeten, en especial los Estados partes, las familias y los tutores.

La significación plena de la Convención va mucho más allá de sus implicaciones jurídicas, ya que también ha contribuido a transformar las actitudes en relación con la infancia. En efecto, la Convención ha fijado las condiciones de la infancia, estableciendo las normas mínimas referidas al tratamiento, la atención, la supervivencia, el desarrollo, la protección, y la participación a que tiene derecho toda persona menor de 18 años. En sus artículos se consolida la opinión consensuada de las sociedades de que para satisfacer los derechos de la infancia

---

<sup>49</sup> GROSAN, Cecilia. La Protección de los Menores en la Constitución Nacional. Revista Notariado, Buenos Aires, Argentina. No. 225, 1995. pp. 14-15.

es imperativo proteger el periodo de la niñez como distinto de la edad adulta, a fin de demarcar un tiempo en que los niños y niñas puedan aprender, jugar y crecer.

En la Convención se contempla a los niños y niñas como titulares de derechos más que como beneficiarios de caridad. La satisfacción de estos derechos ya no es una opción para los Estados Partes, sino una obligación que los gobiernos se han comprometido a cumplir. Igualmente importantes son el optimismo, la calidad y la determinación que la Convención manifiesta respecto al futuro: que un día todos los niños y niñas disfrutaran de una infancia en la que se respeten plenamente sus derechos, se satisfagan sus necesidades básicas, se les proteja de las violaciones, el abuso, la explotación, el abandono y la discriminación, y se les capacite para participar de forma eficaz en todas las decisiones que afecten a sus vidas.

Tanto en su preámbulo como en sus artículos, la Convención destaca el papel fundamental de la familia en el crecimiento y desarrollo de los niños y niñas, reconociendo la importancia crucial de un entorno familiar de afecto, armonía y comprensión para el desarrollo completo de la infancia. La convención obliga a los Estados Partes a dotar a las familias de todos los medios necesarios para que cumplan con sus responsabilidades.

### **E. Los Derechos Fundamentales del Niño y su Constitucionalización.**

Las particularidades de evidencia el menor como sujeto de derecho han determinado el desarrollo de una rama jurídica con connotaciones propias y un método específico.

Que el menor tenga derechos que resultan de su propia condición y que revisten caracteres diversos no resulta extraño, pues pueden ser titulares de los derechos fundamentales las personas en cuanto integrante de una categoría especial. Afirma Bidart Campos “que los derechos de la persona humana “son los propios de cada una de ellas en la situación, en la condición, y en el modo como

su individualidad está instalada, concreta e históricamente, en la sociedad de la que forma parte, y en la cual vive su vida biográfica”, y agrega : “Quiere decir que hacemos diferencias. Pero diferencias razonables para lograr mediante ellas que lo que tienes de diferente la mujer, el niño, el trabajador, el extranjero y los indígenas no les sea óbice en orden a sus derechos, a esos derechos que tienen como personas, y que para quedar en disponibilidad a su favor requieren modalidades y condiciones adaptadas a la identidad singular de cada una. Son derechos “iguales” para todos, pero “no tan iguales” en su perfil circunstancial, según lo que la identidad de cada uno tiene de diferente en relación con los demás”.<sup>50</sup>

Sin perjuicio de destacar que comparte los derechos fundamentales con los adultos, cabe apreciar que el niño goza de algunos que, siendo similares a los dos de mayor edad, tienen caracteres propios, y de otros que le corresponden con exclusividad.

El contacto paterno, la vida familiar, la prohibición de los traslados ilícitos, la familia ampliada, la protección integral y muchos otros, permiten diferenciar los derechos inherentes a la propia condición menor.

Afirma Grosman “que, además de los derechos propios de todos los seres humanos, los niños tienen derechos específicos, necesarios para su desarrollo y formación, que requiere determinadas condiciones materiales, educativas, y psicológicas para que pueda llevarse a cabo el proceso de socialización”.<sup>51</sup>

Los derechos fundamentales de la niñez participan del carácter de los derechos fundamentales en general, que se muestran en constante ampliación, si bien corresponde considerar la temporalidad a que hemos aludido en primer lugar

---

<sup>50</sup> BIDART CAMPOS, Germán. Op. cit. p. 29.

<sup>51</sup> GROSMAÑ, Cecilia. Op. cit. p. 16.

y que determina que algunos derechos sean propios de ciertas etapas de la vida infantil o adquieran diversas modalidades según el desarrollo de ella.

Sin perjuicio de ello, algunos derechos esenciales pertenecen a una jerarquía superior, y otros sin dejar de compartir su trascendencia se ubican en un escalón inferior o derivan de los primeros.

El autor español Maluquer de Motes I Bernet pone en el primer lugar “de la “situación jurídica“ el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos y de la existencia de una capacidad progresiva del menor para llevar a cabo su ejercicio, lo cual lleva a contemplarlo como una persona plenamente activa, con instrumentos participativos y creativos, y conocimiento y capacidad de codificar por sí mismo el propio medio personal y social que lo rodea, proyectando su propia autonomía.

En segundo término, el autor citado ubica el derecho del niño a ser escuchado e incluye, entre los derechos personales objeto de protección, los siguientes: 1) al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; 2) a la información; 3) a la libertad ideológica, 4) de participación, asociación, reunión y expresión”.<sup>52</sup>

Lo anterior se logra más fácilmente si estos derechos en nuestro país se elevaran a garantías constitucionales e individuales del menor en forma específica.

#### **F. Ratificación de la Convención por México.**

México por su parte, también reconoce la importancia de proteger los derechos de los niños y es así como el día veintiséis de enero de mil novecientos

---

<sup>52</sup> MALUQUER DE MONTES, I. Bernet. Los Derechos de la Niñez. 3ª edición, Bosh, Madrid, España, 2009. p. 86.

noventa , siendo Presidente de la Republica Mexicana Carlos Salinas de Gortari, se firma con la anuencia de Senado ad referéndum, la Convención sobre los derechos del niño, adoptada en la Ciudad de Nueva York, NY, el día, veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve la cual fue aprobada por la Camara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el día diecinueve de junio de mil novecientos noventa según decreto publicado en el diario oficial de la federación el día treinta y uno de julio de mil novecientos noventa.

Desde que el Estado Mexicano ratifico esta Convención, los progresos han sido notables: se ha reducido significativamente la desnutrición y la moralidad infantil, se ha garantizado la educación primaria para casi todos los niños del país, y se ha adaptado el marco legal a los principios establecidos en la Convención.

Se ha pretendido además implementar mecanismos y se han creado instituciones que velan por la protección de los derechos de los niños.

#### **G. Adecuar el marco normativo mexicano para lograr los objetivos de la Convención.**

Nuestro país ha participado activamente en tres de los grandes compromisos en materia de derechos de la infancia que se han celebrado a escala mundial: “la Convención de los Derechos de la Infancia de 1989 y la Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1990, y la Sesión Especial de la ONU sobre la Infancia en 2002, que sin bien se encuentran vinculados no significa lo mismo”.<sup>53</sup>

Respecto a la Convención, el Estado Mexicano, al igual que otros en el mundo, la suscribió en septiembre de 1989.

---

<sup>53</sup> PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Op. cit. p. 83.

“El 19 de junio de 1990 el Senado de la Republica Mexicana ratifico este convenio mediante lo cual- y de acuerdo al artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, se convirtió en ley suprema del país”.<sup>54</sup>

A finales de 1990 ocurrió la reforma y adición del artículo 4° Constitucional para incluir la noción de los derechos de la infancia; posteriormente, en abril de 2000, se aprobó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas y Niños. Además algunas legislaturas locales también promovieron leyes estatales en esta materia, con lo que resulto por ejemplo que en el DF también en diciembre de 1990 fue aprobada por el Congreso local, la Ley de la Niñas, los Niños y adolescentes.

Sin embargo y a pesar del aparente avance en este rubro, aun falta mucho por hacer en materia de proteger, respetar y hacer valer el interés superior del menor, todavía existe en nuestro país determinación hacia los hijos nacidos fuera del matrimonio, no se garantiza su derecho de alimentos cuando el padre o madre no trabajan, no hay una pensión prenatal para ellos y no existen guarderías suficientes para los mismos entre otros tantos derechos por incumplir.

Las limitaciones señaladas han llevado a varias organizaciones sociales a una propuesta de agenda legislativa sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes que busca fortalecer las reformas realizadas.

#### **H. Establecer el Sistema de Seguimiento y Vigilancia con relación a los Derechos de la Infancia.**

El gobierno mexicano ha informado (Informe del Gobierno Mexicano para la V reunión Ministerial de Jamaica, México Octubre 2000) de la realización de varias acciones que se inscriben en el establecimiento de este sistema, dentro de las cuales pueden citarse:

---

<sup>54</sup> Idem.

- “La Comisión Nacional de Acción a Favor de la Infancia creada en enero de 1991 de carácter intersectorial e interinstitucional, responsable de la elaboración y seguimiento del Plan de Nacional de Acción a favor de la Infancia.
- El Sistema Nacional de Seguimiento y Vigilancia de la Convención de los Derechos del Niño, aprobado en 1998. ¿Qué es y cuáles han sido sus alcances?.
- El Plan de Acción interinstitucional para Prevenir, atender y erradicar la Explotación Sexual Comercial creado también en 1998. Conoce más sobre este tema aquí.
- El Programa Nacional contra la Violencia Intrafamiliar creado en marzo de 1999”.<sup>55</sup>

Aunque las propias recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de la ONU enfatizan la importancia de esta participación, en la misma dirección que una gran cantidad de tendencias nacionales e internacionales en este sentido, la realidad dista mucho de ir por ese camino.

La importancia de firmar otros tratados internacionales que fortalezcan los compromisos en materias específicas.

Además, México junto con otros cinco países promovieron la Cumbre Mundial a favor de la Infancia que tuvo lugar en la sede de las Naciones Unidas de Nueva York en 1990, que trajo como consecuencias múltiples compromisos en materia políticas públicas hacia este sector. Para corresponder a los mismos el gobierno mexicano creó el Plan Nacional de Acción a favor de la Infancia 1990-1995 (en la administración de Salinas de Gortari) y luego otro para el período 1995-2000 (en la administración de Ernesto Zedillo).

---

<sup>55</sup> ZEDILLO, Ernesto. Sexto Informe de Gobierno. 1ª edición, Presidencia de la República, México, 2000. p. 119.

Como podemos ver, no basta con la intención política y jurídica para hacer valer los derechos de la infancia se requiere de resultados concretos para garantizar la alimentación y educación de los menores por encima de cualquier otro derecho.

Lo contrario sería un retroceso, pues se deben garantizar el derecho de identidad del menor un nacimiento y atención médica digna, así como la continuidad de sus estudios para terminar con los famosos “ninis”, mientras no se dé cumplimiento a lo anotado, será para demagogia lo que se diga; por ello, es importante establecer un seguimiento adecuado que vigile que el interés superior de la infancia, afectivamente se cumpla.

#### **I. La Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal a la luz de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños.**

El 21 de diciembre de 1999, se aprobó en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, misma que, entre otras cosas, tiene el propósito de garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y niños, pues así lo establece en su artículo 2, fracción I.

La ley aprobada cuenta con diversos elementos que a simple vista la hacen parecer acorde con la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez, aunque el análisis más detallado muestra inconsistencia e insuficiencias importantes.

La primera revisión muestra que la ley tiene una estructura que parecería completa: conceptos desprendidos desde el espíritu de la Convención; contempla diversos aspectos y situaciones de la vida, derechos, necesidades y problemas de la niñez; así como obligaciones que establece de parte de las principales instituciones responsables de la niñez.

Tal revisión permite destacar aspectos que muestran avances importantes:

Armoniza con los principios de la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez (no discriminación, derecho a vivir sin violencia, etc.), dentro de éstos, el del interés superior de la niñez, ya que en su artículo 4, dispone literalmente lo siguiente:

**“Artículo 4.** Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta Ley, los siguientes:

- I. El interés Superior de las niñas y niños. Este principio implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio.

Este principio orientará la actuación de los Órganos Locales de Gobierno encargados de las acciones de defensa y representación jurídica, provisión, prevención, protección especial y participación de las niñas y niños y deberá verse reflejado en las siguientes acciones;

- a) En la asignación de recursos públicos para programas sociales relacionados con las niñas y niños;
- b) En la atención a las niñas y niños en los servicios públicos; y
- c) En la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con las niñas y niños;

- II. La Corresponsabilidad o Concurrencia, que asegura la participación y responsabilidad de la familia, órganos locales de gobierno y sociedad en la atención de las niñas y niños;
- III. El de igualdad y equidad en todos los ámbitos que conciernen a las niñas y niños.
- IV. El de la familia como espacio preferente para el desarrollo de las niñas y niños;

- V. El de que la niña o niño tienen diversas etapas de desarrollo y diversas necesidades que deben llevar a la elaboración de respuestas gubernamentales especiales y políticas públicas específicas, dependiendo de la etapa de desarrollo en la que se encuentre, con el objeto de procurar que todas las niñas y niños ejerzan sus derechos con equidad;
- VI. El de que las niñas y niños deben vivir en un ambiente libre de violencia; y
- VII. El del respeto universal a la diversidad cultural, étnica y religiosa”.

De lo anterior, se desprenden importantes compromisos de los órganos de gobierno local para garantizar los derechos de la niñez y que se deberá reflejar en acciones como la asignación de recursos públicos para programas sociales relacionados con niños; la atención a niñas y niños en servicios públicos y la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con niñas y niños.

Conservan los ejes temáticos que se habían sugerido en la propuesta del Comité por la ley de Niñas, Niños y Adolescentes: provisión, prevención, protección especial y participación. Estos ejes ayudan a pensar tanto en los derechos como en las distintas necesidades de la niñez.

Incluye artículos relativos a los derechos (vida, identidad, salud y alimentación, etc.) también de acuerdo a la citada Convención, en donde se definen estos derechos y algunas de las principales obligaciones de parte de las instancias de gobierno respectivas.

Establece las principales obligaciones de las diversas instituciones, comenzando por la familia. En este sentido resulta significativo que se cree la obligación de parte de las instancias de gobierno por instrumentar mecanismos para apoyar y asistir a progenitores, miembros de la familia y responsables del cuidado de las niñas y niños, en el cumplimiento de sus responsabilidades (Artículo 12).

Se describen las obligaciones de diversas instancias de gobierno encargadas de hacer cumplir los derechos que se establecen en la ley; desde las obligaciones y atribuciones del jefe de gobierno hasta las de instancias como las Secretarías de Desarrollo Social, Salud, DIF y los Jefes delegacionales.

Se establecen dos figuras importantes: el Consejo Promotor de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal y una red de atención integrada por instituciones públicas y organizaciones sociales.

Se incluye un capítulo sobre la participación, con lo cual supera muchos de los errores de una gran cantidad de leyes a nivel mundial que han omitido este importante derecho o lo han limitado al mero acto de expresión: esta ley les da a niños y niñas un espacio importante para organizarse y opinar individual o colectivamente.

Se ocupa de niños y niñas que padecen condiciones de vulnerabilidad como son las adicciones, el maltrato, la vida en la calle y el trabajo, así como la discapacidad.

Se evitan aberraciones o contradicciones como bajar la edad penal o establecer como procedimiento de atención el de llevarse por la fuerza a niños de la calle, como algunos grupos sugerían.

Sin embargo, estas bondades se ponen en cuestión cuando entramos a un análisis más a detalle de los contenidos y los mecanismos que la misma contempla. Hay varios aspectos que llaman la atención respecto de los contenidos de la ley.

Los niños y niñas en circunstancias especialmente difíciles. Uno de ellos se refiere a los sujetos que contempla es decir, el quiénes de la ley. Si bien en la misma se habla garantizar los derechos de todos los niños y niñas, resulta lógico que una ley de este tipo contemple a aquellas y aquellos que, por diversas

situaciones se encuentran en condiciones de marginación, vulnerabilidad o desventaja.

El título sexto de la ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, contempla a niñas y niños que se encuentran en desventaja social pero, bajo criterios difíciles de entender desde aspectos tanto jurídicos como de política pública cubre sólo cinco situaciones: adicciones, maltrato, calle, trabajo y discapacidad.

De hecho en la ley no se menciona como tal a la niñez en circunstancias especialmente difíciles, en la línea de la Convención, lo cual no tendría mayor implicación de no ser porque en la ley se omiten diversas categorías, condiciones o situaciones de niñas y niños señalados en dicha Convención. Dentro de éstas por ejemplo:

- a) La explotación sexual comercial de la niñez con sus modalidades de tráfico y trata, prostitución y pornografía.
- b) El secuestro, tráfico o adopción ilegal, sustracción, y venta de niñas y niños.
- c) Los desastres naturales o la exposición a radiaciones o productos químicos peligrosos.
- d) La exposición a información (tales como programas de televisión, radio y medios de comunicación masiva en general) y material (tales como armas o incluso tecnología) perjudicial para su bienestar.
- e) La condición de embarazo en mujeres adolescentes (a las que se les menciona en el capítulo sobre la secretaría salud) o adolescentes madres abandonadas.
- f) Las hijas o hijos de madres encarceladas.
- g) La condición de refugiado, víctimas de conflictos armados y terrorismo.
- h) El origen étnico.
- i) La condición de inminente.
- j) La condición de orfandad y abandono.

Todas estas situaciones de riesgo y vulnerabilidad contempladas de manera acertada en la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez se omiten en la ley que analizamos. Todas ellas (con excepción quizá por el momento de la condición de refugiado o víctimas de conflictos armados), y son situaciones que en la capital del país Niñas, Niños y Adolescentes padecen con frecuencia.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y SU DERECHO DE CONVIVENCIA**

A continuación, trataremos de realizar un análisis jurídico respecto a el concepto interés superior y poco a poco iremos descubriendo, que el concepto no tiene ni constituye solo una definición dentro de la Convención de los Derechos de Niño, sino que, con tal concepto se alude a una gama de posibilidades permitidas en la interpretación y aplicación del derecho en las decisiones judiciales que deberán ser pronunciadas procurando el sano e integral desarrollo del niño.

#### **A. Concepto de Niñez**

El diccionario de la real academia española, define al concepto de niñez, como “el periodo de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento hasta la pubertad.

La primera infancia, es una etapa del ciclo vital humano, que comprende desde la gestación y hasta los cinco años. Es la etapa en el cual las niñas y los niños sientan las bases para el desarrollo de sus capacidades, habilidades y posibilidades”.<sup>56</sup>

Comprende a partir de los 6 o 7 años, hasta los 12 o 13 años y se le conoce también como la etapa de adolescencia.

“Primera fase de la adolescencia, en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta”.<sup>57</sup>

Es importante entender el concepto de niñez, porque las necesidades que se generan en esta etapa son las que deben regir al principio rector del “interés superior”.

---

<sup>56</sup> Diccionario de la Real Academia Española. 10ª edición, Salvat, México, 2000. p. 131.

<sup>57</sup> Idem.

Para los efectos de interpretación de la convención de los derechos del niño, así como el derecho a la convivencia que es el tema central de esta investigación, al referir al concepto niñez, lo entenderemos como la etapa comprendida desde el nacimiento hasta los dieciocho años, ya que esta última edad, la que la Legislación Civil Local reconoce como la mayoría de edad, siendo el momento a partir del cual se reconoce además la capacidad de goce.

Es importante establecer que el concepto de la niñez, se entenderá hasta los dieciocho años para el efecto del ejercicio del derecho de convivencia, porque la Ley de Justicia Integral para los adolescentes reconoce una fase intermedia, en la que se presume, ya no es un niño, pero tampoco se es adulto.

Si bien los niños son parte de la raza humana desde que esta se concibe así, no es sino hasta entrado el siglo XX que adquiere una importancia inusitada. Los descubrimientos en materia del desarrollo psicogenético, de la pedagogía, de la antropología y de los propios sistemas filosóficos, muestran que se trata de una etapa privilegiada de la humanidad en la que se construyen los elementos que son necesarios para el desarrollo del sujeto como individuo y como grupo social.

Aunque las culturas modernas continúan dejando en los sujetos de mayor edad la capacidad de dirigir y de tomar decisión es bajo el supuesto de que cuentan con mayor conocimiento y experiencia para ello, los avances mencionados muestran que en la medida en que se pone mayor atención a la crianza y educación de los niños es posible desarrollar sujetos con mejores capacidades para tomar las decisiones que son relevantes y adecuadas ante una determinada situación.

Más que una visión utilitaria a esta noción le subrayase la idea de que el ser humano se construye en una profunda interacción con su medio social, histórico y cultural en el que se desenvuelven y es desde esta interacción que se hace posible la construcción creativa de nuevos conocimientos, formas de organización, experiencias e instrumentos que permiten el crecimiento de los seres humanos en lo individual y lo colectivo.

Nuevos enfoques sobre el devenir del hombre centran su atención en la capacidad activa y constructiva de los sujetos y entienden a la niñez como un periodo de una amplia y profunda actividad, con una lógica que es diferente a la de los adultos pero no por ello menos importante.

No es extraño que los descubrimientos en torno a la importancia de la niñez en el desarrollo de hombre-sin quitar crédito a las visiones humanistas al respecto-hayan dado paso a nuevos sistemas que, en el ámbito jurídico pueden verse reflejados en la Convención Internacional de los Derechos Humanos de la Niñez.

Sin embargo, la mayoría de los sistemas jurídicos vigentes aun en la mayor parte de los países en el mundo tienen su origen en un momento histórico en el que la idea y conocimiento de la niñez es prácticamente escaso, y se llega al grado de considerarle como una etapa de debilidad del ser humano y que si bien es necesario proteger solo puede ser en la medida de lo que será en el futuro: una persona completa.

Así, pese a los avances que ha registrado la historia humana en cuanto a la visión y tratamiento de la niñez, esto no ha implicado que los marcos jurídicos recojan tal riqueza.

Estas nociones dan cuenta de las condiciones básicas para la vida de los niños, pero también de formas de relación entre el mundo adulto y el de la niñez desde una perspectiva de interacción creativa y constructiva.

“Vemos, al final del siglo XX a una niñez diferente, a una niñez que requiere mejores condiciones para construirse; una niñez viva y creativa, que nos sorprende por su capacidad de sobreponerse a pesar de descisiones equivocadas que se hacen en su nombre. Vemos en suma a una niñez con un enorme potencial como parte de la humanidad. Y sin embargo, vemos también que la

sociedad no ha construido aun estructuras suficientes para permitir y canalizar dicho potencial, vemos temor e incomprensión”.<sup>58</sup>

Vemos la enorme necesidad de educarnos como sociedad dentro de una cultura que permita una mejor comprensión y actitud frente a esta joven población que hasta hace muy poco tiempo era casi invisible.

Vemos que esa es una necesidad imperiosa es un momento histórico en donde niños y niñas sufren condiciones aberrantes y miserables que niegan y cancelan los derechos más elementales que forman parte de la vida humana.<sup>32</sup>

### **B. Concepto de Interés Superior.**

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar se efectiva protección igualitaria.

Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

La Convención sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos

---

<sup>58</sup> PALORARI, Fernanda. Psicología de la Adolescencia. Despertar para la Vida. 3ª edición, San Pablo, Colombia, 2007. p. 39.

principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de “interés superior del niño”.

Es en este marco que se propone analizar la noción del “interés superior del niño”, fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada al artículo tercero de la Convención.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en el “interés superior” es permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Por ello, urge desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa del “interés superior del niño” que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en el marco de seguridad jurídica.

Se parte de considerar que la Convención ha elevado el “interés superior del niño” al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector-guía” de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el “interés superior del niño” deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la propia Convención.

“Se parte de considerar que el “interés superior del niño” es una alocución que ha entrado en la historia jurídica de la humanidad de manera muy reciente, primero bajo la noción de “bien del niño”, después en su forma actual como principio general por la consagración que le ha dado la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3. Es por tanto, un concepto jurídico muy moderno, que apenas ha sido objeto de estudios de manera global, ya que el contenido permanece bastante impreciso y las funciones son múltiples. Es en consecuencia más examinado respecto a un punto preciso o aplicado en la jurisprudencia, que verdaderamente explicado de manera sistemática”.<sup>59</sup>

El desarrollo de “interés superior del niño” como concepto jurídico es el resultado de la evolución social y jurídica en torno a la infancia. El término era usado antes en el Derecho de la familia con tintes éticos en unos casos, como el *favor legitimitatis* en el campo de la filiación, o de tipo social o familiar entre otros, como el *favor filii*, frente al interés del o de los padres en el terreno de la patria potestad; evidenciando una perspectiva y aplicación limitada, con planteamientos y alcances diferentes.

---

<sup>59</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Op. cit. p. 603.

Hoy, con la Convención sobre los Derechos de Niño, la cuestión es distinta. Por un lado, frente a una concepción tradicionalista, que concedía al niño un estatus de persona meramente protegida, una concepción moderna, actual, le reconoce como sujeto de derechos que, a partir de cierto momento de su vida (la adolescencia), podrá ejercer por si mismo derechos y libertades declinables. Desde esta perspectiva, el “interés superior del niño” consiste en la adquisición progresiva de mayor autonomía y una identidad de “adulto” que le habilite para ejercer directamente tales derechos y libertades. Por otra parte, el “interés superior del niño” es uno de los principios y valores emergentes del Estado de Derecho que irradia energía jurídica, no solo al ordenamiento jurídico en general, sino también a la actuación de los órganos estatales e instituciones públicas. Desde esta perspectiva, el “interés superior del niño” consiste en su consideración en la formulación de las políticas públicas y en la legislación relativa de la infancia.

“El panorama histórico, anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, muestra que antes del siglo XIX los ordenamientos jurídicos regulaban la situación de la infancia solo a partir de las atribuciones de los padres sobre sus hijos. Es a partir del siglo XIX que se fue construyendo el concepto. La respuesta del Derecho respecto a la niñez se centro en el intento de plasmar este concepto en el ámbito de “interés superior del niño” a partir de la consideración de los “intereses” o “necesidades” de la infancia”.<sup>60</sup>

En el siglo XX, el concepto del “interés superior del niño” llega a tener un posicionamiento fundamental; sin embargo, el enfoque tutelar y paternalista imperante en los inicios de aquella época, restringía la adopción del concepto solo a la esfera del derecho de la familia.

Es a partir de la promulgación de los primeros instrumentos internacionales referidos a la protección de los derechos de la infancia, la historia del desarrollo

---

<sup>60</sup> Ibidem. p. 604.

del concepto tiene en el siglo XX un rápido proceso de maduración en diversos ámbitos. Así, en la Declaración de Ginebra de 1942, llamada Declaración de los Derechos del Niño por la Sociedad de las Naciones, se señalaba: “la humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él. Posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se resalta que La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales”.<sup>61</sup>

Es en el segundo principio de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, de la Naciones Unidas, en el que aparece por primera vez el concepto para la formulación de leyes relativas a la infancia: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el “interés superior del niño”.<sup>62</sup>

En la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, el concepto es considerado “para reglar la conducta de los padres en la educación y crianza de los hijos: Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos teniendo en cuenta que el interés de los hijos es la consideración primordial en todos los casos”.<sup>63</sup>

No obstante, es con la previsión del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño que se comprende un amplio margen de aplicación, que supera

---

<sup>61</sup> GONZÁLEZ, Martín. Op. cit. p. 47.

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 2ª edición, C.N.D.H., México, 2005. p. 36.

la acción del Estado, para incluir a los organismos privados y abarcar todas las medidas concernientes a los niños. Así, se dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el “interés superior de niño”<sup>64</sup>

Esta breve síntesis del proceso de formación del concepto del “interés superior del niño” nos muestra que, desde su concepción original, se entiende como el instrumento adecuado para hacer efectiva la especial protección que se otorga a los niños, cuyo ámbito de aplicación se ha ido ampliando paulatinamente a partir de la supresión de abusos en el ámbito de las relaciones familiares hasta su consideración en la formulación de leyes y políticas públicas relativas a la infancia. El matiz es de talla: “de una definición negativa: no hacer daño al niño; se ha llegado a una prescripción positiva: asegurarse del bien del niño”.

### **C. El interés superior del niño a la luz de la Convención.**

Como queda expuesto, el apogeo de este interés por el niño desemboca en la novedosa posición, consagrada por la Convención sobre los Derechos del Niño, que ubica al niño en la situación de un objeto de protección al mismo tiempo que de un sujeto de derecho. Es esta situación de sujeto de derecho la que va a obligar a una modificación importante en las mentalidades, en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales.

En este nuevo estatuto, que opera una verdadera revolución en la manera de considerar al niño, el que justifica la introducción de un nuevo concepto jurídico: “el interés de un niño”. Se ha pasado del interés por el niño a la necesidad de inventar un instrumento de medida que se llama el “interés superior del niño”.

---

<sup>64</sup> Ibidem. p. 38.

Sabemos pues, que los derechos de los niños tienen su génesis en los propios derechos humanos, pues son estos, los primeros que en un catálogo establecen los aspectos que son de especial protección. Luego, de manera paulatina se han ido integrando en los diversos instrumentos internacionales, conceptos que se encuentran íntimamente vinculados con la idea del “interés superior”, pues en la Declaración de Ginebra de 1924, podemos leer como reseña de su contenido, lo siguiente:

Por la presente **Declaración de los Derechos del Niño**, llamada **Declaración de Ginebra**, los hombres y mujeres de todas las naciones reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de si misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que:

1. “El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el niño huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo”.<sup>65</sup>

Lo anterior nos revela pues, que ya en la Declaración de Ginebra se pondera la atención especial al niño y se pugna porque se les dé un trato preferente y particular de acuerdo a sus necesidades, lo que podemos referir

---

<sup>65</sup> Declaración de Ginebra Adoptada por la V, Asamblea de la Sociedad de las Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1924. p. 1.

como los primeros signos del concepto interés superior, que aun cuando hasta el momento no ha sido acuñado de manera concreta, lo cierto es que nos ha sido propuesta una serie de definiciones que se encuentran vinculados estrechamente con el concepto, y que en su generalidad se caracterizan por ser garantistas de los derechos de la infancia.

Podemos decir pues, que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que en las últimas décadas ha alcanzado un mayor auge que obliga no solo a una estructura en su definición, sino también a una interpretación integra de sus alcances y finalidad.

Así las cosas, se reconoce oficialmente el principio de “interés superior”, en la Convención de los derechos del niño, que en su artículo 3 señala

1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se aseguran de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente de su persona, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Ibidem. p. 2.

Luego, no podemos hablar sobre el concepto “interés superior” realizando una interpretación aislada, sino que por lo contrario debe concebirse como un concepto interrelacionado con el resto de los artículos de la Convención, es decir, para una congruente interpretación es preciso que esta se realice de manera sistemática, de tal surte que se partimos del hecho que la convención sobre los derechos de los niños trata de integrar los mecanismos internacionales que permitan la garantía y protección de los derechos de la infancia, entonces podremos entender que el concepto interés superior del niño, concebido en la convención, tiene como fin primordial precisamente el garantizar mediante la aplicación prudente y objetiva de criterios, que el derecho de los infantes se pondere frente a otros y no como algunos lo han entendido en el sentido de que constituye una especie de facultad discrecional susceptible de ser distorsionada al momento de aplicar o tomar alguna determinación que aun siendo equivocada pueda justificarse al amparo del “interés superior”.

Al incluirse pues el interés superior del niño dentro de la Convención, se le otorga a tal principio el carácter de norma fundamental; de aquí la obligación por parte de todos los signantes de garantizar el respeto a tal principio e institucionalizar lo necesario para alcanzar su fin. Sin embargo sería muy pobre el considerar que el carácter de norma fundamental le da trascendencia tan solo en el ámbito jurídico, pues el concepto se proyecta además hacia las políticas públicas, de tal suerte que incluso el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el interés superior es uno de los principios rectores de la Convención y se le ha llegado a considerar como el principio “rector-guía” de ella, por lo que, cualquier análisis sobre la convención tendrá que realizarse tomando en consideración el interés superior, sin perder de vista la interpretación integra de los artículos contenidos en la Convención.

No podemos hablar de una definición en que exista coincidencia unánime en cuanto a lo que debe entenderse por tal concepto pues más que un principio dogmatico, debemos entenderlo como un principio en el que se tratan de integrar

los principios generales de los derechos humanos en su más frágil representación y que son los infantes.

“El Comité de los Derechos del Niño ha subrayado que los derechos del niño deben ser considerados como un todo y ha insistido en la interdependencia de los artículos, en particular de los que han sido reconocidos como principios generales (artículos 2, 3,6 y 12) en la Convención sobre los Derechos del Niño. Así pues, los principios de no-discriminación, de supervivencia y desarrollo, así como de respeto de la opinión del niño, deben tenerse en cuenta para determinar el interés superior del niño en una situación concreta o el interés superior de niños considerados como grupo”.<sup>67</sup>

La determinación del interés superior corresponde al espíritu de la Convención en su totalidad y, en concreto, al énfasis que esta pone en el niño como individuo, con sus opiniones y sentimientos propios, y como persona con plenos derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales. “Este principio debe aplicarse junto con los otros principios generales de cada vez que la Convención no establece una norma precisa”.<sup>68</sup>

El artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño funda el principio del interés superior del niño: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será al interés superior del niño”.

Como se ha expuesto, la referencia a los trabajos preparatorios son reconocidos como uno de los principios generales complementarios para la interpretación de los tratados sobre derechos humanos, siempre que da la

---

<sup>67</sup> PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Op. cit. p. 76.

<sup>68</sup> Cfr. Artículo 3, primer apartado de la Convención de los Derechos del Niño. p, 98.

aplicación de los principios generales principales de interpretación se obtenga un resultado oscuro o ambiguo. A pesar de ello, resulta útil analizarlos a fin de tener presente la voluntad o intención expuesta durante la elaboración del texto.

“En 1978, debido a que la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 carecía de una exhaustiva enumeración de los derechos de los niños, así como por su carácter, de texto sin obligaciones jurídicas para los Estados Partes, el Gobierno de Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos un proyecto sobre una Convención de la Naciones Unidas, relativa a los derechos del niño.

Posteriormente, y a efecto de lograr que se aprobara dicha Convención, la misión permanente de la República Popular Polaca ante la oficina de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra, envió, el 5 de octubre de 1979, a la División de Derechos Humanos, un nuevo proyecto de Convención para que fuera distribuido entre todos los gobiernos”.<sup>69</sup>

En ese año y a petición de la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos, en su sesión 1479°, creó un grupo de trabajo, también con sede en Ginebra, de composición no limitada, con el fin de elaborar dicha Convención. Los trabajos comenzaron utilizando como texto base el segundo documento elaborado.

El Grupo de Trabajo analizó el contenido del artículo 3, que constaba de tres párrafos en el proyecto polaco. Con respecto al primer párrafo – que es el que interesa a efectos del presente trabajo- se establecía que en todos los asuntos que puedan afectar al niño “la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Se argumentó que con esta noción se proporciona una pauta de comportamiento de todos los llamamientos a aplicar la Convención, como un importante criterio de interpretación.

---

<sup>69</sup> TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. Op. cit. p. 13.

Sobre este punto, un grupo de representantes presentó una enmienda, para modificar lo aprobado en primera lectura, en virtud de la cual, el interés superior del niño, no debía ser la única consideración, sino una de las más importantes a la hora de adoptar cualquier medida de carácter oficial. Esta propuesta fue aprobada por considerarse que “aunque el interés superior del niño debería ciertamente ser una razón primordial en el actuar de los que le rodeen, no debería ser única, ya que en determinados momentos, al aplicar este criterio, se pudiese producir una colisión entre derechos, lo que solo podría ser solucionado ante cada caso concreto”.<sup>70</sup>

Por otro lado, también se discutió si por razones humanitarias, el interés superior del niño, debía ser también, una consideración primordial en las medidas que no tuvieran carácter oficial, esto es, en las decisiones que adoptaron los padres, tutores o instituciones sociales, aunque, finalmente pareció poco conveniente imponer obligaciones a los padres o tutores a través de un instrumento de carácter internacional.

Finalmente, a pesar de los arduos debates, se aceptó el texto primitivamente propuesto, suprimiendo en la redacción definitiva la palabra “oficiales”, y estableciendo que el principio del “interés superior del niño” afectará todas las medidas que tomen “las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”.

Se sabe que, conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el análisis del texto se debe acudir al principio general principal de la interpretación del sentido ordinario y natural de los términos; conforme al cual, los términos de un tratado deben ser interpretados conforme a su sentido natural y usual. Esto es, precisamente, lo que se realizará seguidamente.

---

<sup>70</sup> Ibidem. p. 75.

La versión oficial en español señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.<sup>71</sup>

Del texto, se observa primeramente la utilización del plural “niños” que se pueden oponer al singular “interés superior del niño”. Desde el punto de vista gramatical, está claro que el legislador ha querido que, en las intervenciones que atañen a todos los niños, se aplique sistemáticamente el criterio general del interés del niño como unidad de apreciación de la decisión que se deba pronunciar. Ello se infiere, desde que el empleo del singular hubiera sido más restrictivo.

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, Toda expresión alude a un concepto muy general que define todas las intervenciones que se hagan con respecto a los niños.

Se comprende bien aquí las autoridades judiciales y administrativas deben, en todas sus decisiones, aplicar este principio. Es el criterio al que deben someter los casos que recurren a sus decisiones. Esta parte de la frase funda pues una obligación para los Estados de examinar, en todas las decisiones que se administren relativas al niño, si el interés superior del niño está garantizado; aunque no sea un derecho atribuido de manera subjetiva, al menos que sea una garantía ofrecida a los niños.

Lo que es muy interesante en esta parte de la frase es el término órganos legislativos. Esta adjunción tiene una importancia capital: significa que, cuando se establece una ley, el Estado nacional, regional, municipal, debe verificar que se

---

<sup>71</sup> Cfr. Artículo 3º, primer apartado de la Convención de los Derechos del Niño. op. cit. p. 2.

tenga en cuenta a los niños y que su interés superior esté preservado. Es pues por estas dos palabras (órganos legislativos), que toda dimensión política se introduce en la Convención. El interés superior del niño toma una función nueva: sirve para establecer, en un programa legislativo, lo que es bueno para el niño y lo que no es.

“Las expresiones las instituciones públicas o privadas de protección social, significa la voluntad del legislador para someter todo sector de intervención a favor de la infancia, a la obligación de respetar este principio. Aunque la cuestión no haya sido verdaderamente formulada por los órganos del Estado, sin embargo la precisión de una aplicación al sector privado no será útil. Se conoce la importancia histórica de las organizaciones privadas de ayuda a la infancia, se conocen los servicios que rinden innumerables asociaciones, fundaciones, ONG haciéndose cargo de los niños (nutrición, escolaridad, cuidados, reinserción); pero se sabe también que ciertos movimientos profesan unas ideologías de tipo sectario, utilizan los niños a fines perjudiciales a sus derechos y a sus intereses. Parece pues necesario someter igualmente todo el sector privado a este principio del interés superior del niño”.<sup>72</sup>

Sin embargo, de este texto no se aprecia referencia alguna a la autoridad privada de los padres. ¿Se propone, entonces, con el artículo 3° el hecho de no interferir en la esfera parental (las decisiones familiares) a favor de la obligación de la aplicación del principio del interés superior del niño? Se puede cuestionar legítimamente si esta redacción es oportuna, porque nos parece que en las intervenciones familiares, el mismo principio debería intervenir como medio para medir la decisión. A nuestro parecer, el legislador, por respeto al principio establecido al artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no ha querido entrar en la esfera familiar para subrayar la responsabilidad de los padres,

---

<sup>72</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. Patria Potestad, Tutela y Curatela. 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2003. p.195.

y conservar con este gran principio general, la oportunidad de ser admitido por todos. Pero esto no excluye en ningún caso la aplicación del principio del interés superior del niño en las situaciones domésticas, esto debiera ser evidente. No se comprendería, en efecto, que solo fueran obligadas las autoridades por el principio y que las familias no lo fueran, el principio general se aplica y cubre las situaciones particulares. La respuesta a esta interrogación se encuentra por otro parte ciertamente en el artículo 18, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño que impone como “guía” para educar al niño y asegurar su desarrollo armonioso, seguir el principio del interés superior del niño.

Por otro lado, la frase “una consideración a la que se atenderá será”, denota la imposición del interés superior del niño como regla de criterio de aplicación. Es el objetivo de esta parte de la frase: acordar al interés superior del niño el valor de una consideración primordial. ¿Qué significa esta expresión? Si se vuelve a hacer un análisis literal, se aprecia que la legislación se emplea la expresión “una consideración” y no la locución “la consideración”. Esto significa que en una situación dada en la que la autoridad (judicial, administrativa o política) debe tomar una decisión, debe acordar una importancia particular al interés superior del niño, aunque este interés no va a aventajarle sistemáticamente sobre todos los otros intereses (de los padres, de los otros niños, de los adultos, del Estado).

“Ahora, bien ¿la palabra “una” utilizada en lugar del artículo “la” debilita el principio? A nuestro parecer no lo debilita, sino que le otorga su sitio justo, puesto que establece la obligación de considerar en todas las decisiones oficiales el interés superior del niño, el hecho de examinar este principio, no es cuestión de una elección sino de una obligación. Más tarde, este criterio compite con otros criterios que tienen también un valor. Es la existencia de varios intereses en presencia que induce al elemento niño a ser considerado y a llegar a ser uno de los criterios en la evaluación de los intereses eventualmente divergentes. El hecho de no dar sistemáticamente la razón al niño es un factor de equilibrio: No sería deseable que el interés del niño fuera superior a cualquier otro interés y lo aventajase sistemáticamente. Esto fundaría la “república” de los niños. Una

posición tal sería contraria a la finalidad de la protección que se debe a los niños y provocaría irremediablemente la desaparición de los derechos del niño”.<sup>73</sup>

Por último, la expresión “interés superior del niño. Se vuelve a subrayar, primero, el singular de esta alocución, mientras que la versión inglesa utiliza el plural (*interests*). Esta alocución es utilizada, a nuestro parecer, como una expresión general vinculada a la noción del interés del niño. ¿Se debe acordar una importancia particular al calificativo superior (*best*)? Se han hecho algunas críticas concerniendo la utilización de este superlativo, infiriendo que el interés superior (*the best interests*) significaba que en cualquier circunstancia, el interés del niño debía primar sobre cualquier otro interés; de esta manera, se haría del niño un ser de excepción que, desde el momento en el que se encontrara en interferencia con otras personas no niños u otros cuerpos sociales, tendría forzosamente siempre razón. No se puede apoyar esta posición ya que si se pone otra vez en relación el artículo 3, primer párrafo, con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ejemplo, se comprende bien que el niño no es una persona individualizada al extremo, sino que permanece como una persona miembro de su familia y miembro de la comunidad, en todos los casos futuro ciudadano, con lo cual parte integrante del Estado”.<sup>74</sup>

Las palabras interés y superior usadas conjuntamente, ponen de relieve que lo que debe ser observado es el bienestar del niño, tal como ha sido definido varias veces por la Convención, en particular en el preámbulo y en el segundo párrafo del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se puede, por otra parte, leer los párrafos segundo y tercero del artículo 3 de la Convención como suministrando la explicación del *best interest*. Párrafo segundo. “Los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus

---

<sup>73</sup> Ibidem. p. 196.

<sup>74</sup> Idem.

padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Párrafo tercero: Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.<sup>75</sup>

Del análisis del texto del artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño se puede concluir que el “interés superior del niño” es un criterio general de aplicación sistemáticamente como unidad de apreciación de la decisión que se deba pronunciar en el respeto y promoción de los derechos de la infancia. Sin embargo, esta expresión también ha sido recogida en varios otros artículos de la Convención como referencia para tenerla en cuenta en situaciones concretas.

Así, por ejemplo, en el artículo 9, de la Convención se fija el principio según el cual el niño tiene el derecho de vivir con sus padres. Esto aparece como un principio muy importante para el niño mismo, así como para la familia. En el primer párrafo de este artículo, se admite que una separación del niño de sus padres es posible mediante una decisión oficial y en la medida en que esta decisión sea tomada en el respeto del interés superior del niño. Se piensa aquí en las situaciones en las que el niño es víctima de su familia (abusos de todo tipo, malos tratos activos) o cuando se le abandona a sí mismo (malos tratos pasivos).

Igualmente, en el tercer párrafo del mismo artículo se propone el principio según el cual el niño debe mantener relaciones personales y contactos directos con sus dos padres, salvo que esto fuera contrario al interés superior del niño. Se hace referencia aquí a situaciones de conflicto abierto entre el niño y uno de sus

---

<sup>75</sup> Cfr. Artículo 3°, Primer apartado de la Convención de los Derechos del Niño. op. cit. p. 2.

padres (a veces los dos) o a situaciones idénticas a las descritas en el párrafo primero (relaciones contraindicadas con el o los padres). De acuerdo con ello, se precisa que “los tribunales pueden mostrarse, comprensiblemente, poco dispuestos a obligar a un niño a mantener relaciones y contacto directo con sus padres si ello parece tener repercusiones negativas sobre el niño”.

Por otra parte, el artículo 18 de la Convención establece el principio según el cual los dos padres deben estar implicados en la educación de los niños, es lo que se llama responsabilidad común en la educación. En el primer párrafo de esta disposición se establece que el interés superior del niño debe guiar esta responsabilidad común. Al respecto, se explica que “los padres pueden tener opiniones totalmente opuestas sobre el interés superior de un niño concreto; puede que las personas encargadas del cuidado del niño tampoco se pongan de acuerdo entre sí acerca de lo que es mejor. Por lo tanto, la definición de los derechos del niño ayuda a que el concepto sea menos subjetivo. Cualquier violación de estos derechos (incluso no tener en cuenta la evolución de sus facultades) será contraria a su interés superior”.<sup>76</sup>

Por otro lado, el artículo 20 de la Convención prevé que el niño que está privado de su medio entorno tiene derecho a una protección y a una ayuda especiales del Estado, en particular a una solución de reemplazamiento (adopción, ingreso hogares sustitutos o *kafalah*). En el primer párrafo, se expone el hecho de que al niño, cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, deba recibir esta ayuda del Estado. Esto sugiere una jerarquía de opciones: en primer lugar, los familiares, en segundo lugar, una familia sustituta; y, solo en tercer lugar, una institución apropiada.

En el artículo 21 de la Convención se prevé situaciones en las que el niño, privado de su medio familiar, está sometido a la situación de reemplazamiento de

---

<sup>76</sup> Convención de los Derechos del Niño. Op. cit. p. 6.

la adopción (nacional o internacional). En ese caso, el Estado debe suministrar una ayuda y una protección especiales y debe vigilar el respeto de los procedimientos instrumentalizados para dar a esta medida todo su alcance, entre otras cosas evitar el abuso. En el primer párrafo, está claramente indicado que en el momento de cualquier procedimiento de adopción (elección de los padres que confían el niño en adopción, elección de los padres adoptantes, recurso a los intermediarios etc.), sea el interés superior del niño el que prime y determine la mejor solución que se deba tomar. Esto significa que debe tener preferencia sobre cualquier otro interés, sea económico, político, o relativo a la seguridad del Estado o de los adoptantes. Este principio esencial debe quedar reflejado en la ley. Cualquier oposición que limite este principio debe considerarse como una violación de la Convención; por ejemplo, reglas inflexibles que imponen límites de edad para las parejas deseosas de adoptar a un niño o que autorizan la adopción únicamente cuando se declare al niño legalmente abandonado.

El artículo 37 de la Convención trata de los principios generales que deberían presidir la administración de la justicia de los menores, en particular la exclusión de la tortura, las penas o tratamientos inhumanos y la interdicción de la pena capital. Este artículo fija también las reglas procesales mínimas a respetar por las instancias judiciales, en la medida de lo posible especializadas en los menores. En el inciso c), se impone que el niño sea tratado con humanidad y que, si está privado de libertad, debe ser separado de los adultos, excepto si lo contrario se verificara más adecuado en el interés superior del niño. Se piensa aquí en el caso en el que el niño está encarcelado con uno de sus padres o en el que la madre da a luz estando detenida.

El artículo 40 es la continuación del artículo 37 de la Convención en materia de justicia de menores, aunque va más allá en lo que se refiere a los derechos reconocidos de los niños cuando estos entran en conflicto con la ley y que ellos comparecen delante de las instancias judiciales. En su segundo párrafo, letra b), iii, se establece que, cuando un niño comparece ante una autoridad oficial, él pueda ser interrogado según las reglas procesales establecidas y con la presencia

de sus padres, a no ser que esto sea contrario a su interés superior. Se piensa aquí en las situaciones en las que el niño es víctima de los padres o que está implicado, con sus padres, por ejemplo, en la comisión de delitos. El Comité de Derechos del Niño ha señalado que “el principio del interés superior del niño se reafirma en la Convención en el contexto de la administración de la justicia de menores, en particular cuando se recalca que el niño debe ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y sus necesidades especiales”.<sup>77</sup>

Del breve repaso efectuado a las reglas puntuales precedentes, se comprueba que el “interés superior del niño” es un principio general presente en toda la Convención, pero que se le requiere de manera específica, cuando se debe justificar la excepción de un derecho que es reconocido al niño, en particular de un derecho que podría ser calificado de derecho “natural” a mantener relaciones con los padres. Cuando la elección supone cortar con estas relaciones (la adopción por ejemplo) o suspenderlas (ingresos, privaciones de libertad); la decisión que se tome debe respetar siempre este principio. Esto quiere decir que en estas situaciones, el interés individual del niño prima sobre el interés de la familia (a tener relaciones con su hijo) o del Estado (a asegurar la estabilidad de las familias).

#### **D. El Derecho a la Protección de la Infancia y Adolescencia como sujetos de Alta Vulnerabilidad.**

La convención sobre los derechos del niño establece en su artículo 2 la obligación, a cargo de los Estados parte, de respetar los derechos enunciados en la misma y asegurar su aplicación a todo niño o niña sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna.

---

<sup>77</sup> Ibidem. p. 8.

Por su parte, el artículo 4 dispone la obligación de los Estado parte de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos por la Convención. Es decir, crear un sistema de protección integral de derechos de la infancia. Asimismo, la Convención señala la obligación de adoptar medidas específicas con el fin de garantizar la protección especial de los derechos de niños y niñas en contextos de alta vulnerabilidad, como podrían ser la **separación de su familiar por diversos motivos**. Ejemplos de ello son el artículo 19, relativo a la protección especial frente a la violencia, el artículo 20, referido a la protección frente a la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, ser nocivo para su salud o para su desarrollo.

Por su parte, la Constitución Mexicana y las leyes federales y locales, reconocen también una serie de derechos que deben ser garantizados a todos los niños, niñas y adolescentes, sin distinción y en condiciones de igualdad, para asegurar su desarrollo integral. Para ello, el Estado, en coordinación con la familia y la comunidad, debe adoptar y aplicar leyes, políticas, programas y acciones específicas, encaminadas a hacer efectivos estos derechos, más allá de su reconocimiento normativo.

Cuando por alguna razón este debe de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de niños, niñas y adolescentes falla, es decir, cuando los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales y la legislación nacional son incumplidos o vulnerados, se hace necesaria una respuesta especial que permita restituir el derecho incumplido y asegurar la protección integral; esto es, se requiere de un sistema integral de protección y garantía de derechos.

Como en muchos otros países de la región, los niños, niñas y adolescentes en México están expuestos a diversas formas de violación de derechos. En este apartado sólo se hará referencia a un contexto de mayor vulnerabilidad y que requiere atención especial.

## **E. El Interés Superior del Niño y sus Derechos a:**

El objetivo y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño es el reconocimiento de los derechos específicos de la infancia y el establecimiento de los mecanismos de promoción y protección especiales que requieren por ser tales, con la finalidad de velar por el bienestar de los niños e integrarlos en la sociedad como personas plenas e independientes.

“De ello se advierte que el bienestar del niño se separa del interés del niño, en el sentido en que aquel constituye un estado ideal para alcanzar (el bienestar moral, físico y social de cada niño). En consecuencia, se puede decir que si el bien del niño es el bienestar del niño del que se habla en el Preámbulo de la Convención, el interés superior del niño es el instrumento jurídico concebido por la Convención, que tiende a alcanzar este estado idealizado y que funda la garantía del niño en que se tenga en cuenta su interés de manera sistemática. Ello resulta, de considerar el objeto y fin del mencionado tratado”.<sup>78</sup>

Se puede decir, entonces, que la noción del interés del niño, tal como está definida en la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene dos funciones: el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución).

“El criterio de control significa que el interés superior del niño sirve aquí para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado. Es todo el dominio de la protección de la infancia que está concernida por este aspecto de control. El criterio de solución implica que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la buena solución. Esta es la que será elegida puesto que es en el interés del niño, principal, el destinatario esencial

---

<sup>78</sup> RIVERA HERNÁNDEZ, Francisco. El Interés del Menor. 3ª edición, DYCKINSON, Madrid, España, 2000. p. 89.

de la norma y de la institución, como persona que proteger y cuyo interés es el más valioso y especialmente protegido”.<sup>79</sup>

Para ello, se debe abordar en un plano inicialmente genérico y un tanto teórico, buscando en qué consiste el interés superior del niño en abstracto y, luego, referirlo a situaciones y casos concretos de la realidad, con el objeto de ver cómo se presenta a través de su concreta problemática y cómo cabe calificarlo en tales situaciones vivenciales.

En estas circunstancias, será importante abordar algunos de los derechos básicos del niño como son: vivir en familia, a ser educado y a su libertad personal.

### **1. Vivir en familia.**

El artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, prevé que el niño que está privado de su medio entorno tiene derecho a una protección y ayuda especiales del Estado, en particular a una solución de reemplazamiento (adopción, ingreso a hogares sustitutos o *kafalah*). En el primer párrafo, se expone el hecho de que al niño, cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, deba recibir esta ayuda del Estado. Se ha dicho que esto sugiere una jerarquía de opciones: en primer lugar, los familiares; en segundo lugar, una familia sustituta; y, solo en tercer lugar, una institución apropiada.

Desafortunadamente, el Estado Mexicano se ha preocupado más por otros tópicos que por la familia o familias mexicanas y por consiguiente por los y las niñas y niños. Ante esta realidad, se debe tomar en cuenta que los menores tienen derecho a una familia que deriva también de una identidad, por ello: debemos tomar en cuenta a las familias e infantes que son la realidad del país y el derecho.

---

<sup>79</sup> Idem.

## **2. A ser educado.**

Aquí los problemas que se han presentado están referidos a casos en los que los directores de centros educativos (estatales y particulares) han impedido (negando o cancelando la matrícula) que niños sigan sus estudios escolares, afectando el derecho a la educación de estos últimos.

Al respecto, el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala expresamente que los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ella. e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

## **3. A su Libertad Personal.**

Los problemas que se han presentado están referidos a determinar la concurrencia de las condiciones de legalidad que deben rodear a toda privación preventiva de la libertad. Ello es así, por cuanto el derecho a la libertad personal implica que toda restricción a ella debe realizarse como último recurso y tiene que estar fundada siempre en la ley aplicada por órgano jurisdiccional competente.

El artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a ser protegido contra la privación ilegal o arbitraria de su libertad, pudiendo impugnar la legalidad de tal medida ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial. Así, se señala que los Estados Partes velarán por que: b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

De acuerdo con las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, aprobados por la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, por privación de la libertad se entiende “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” ( regla 11, inciso b).

Con la relación a la detención y prisión preventiva, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (“Reglas de Beijing”), aprobadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, disponen que “solo se aplicara prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve. Siempre que sea posible, se adoptaran medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación de una familia o el traslado de un hogar o una institución educativa”(regla 13).

Se precisa que la detención y prisión preventiva serán dictadas “solo tras cuidadoso estudio y se reducirá al mínimo posible en el caso de que el menor sea condenado por acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada en el examen de los casos se considerara primordialmente el bienestar del menor” (regla 17).

Complementaria mente, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad declaran “En medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención preventiva, los tribunales de menores y os órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible a esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible” (regla 17).

## **F. Marco Jurídico Internacional, Federal y Local que protegen los derechos del niño.**

Como ya vimos, ha sido importante no solo para México sino también para la sociedad internacional, establecer los derechos de los niños, así como han sido reconocidos los derechos de las personas en general.

Los niños son los receptores de la situación actual de cada Estado y a nivel mundial, y resulta ser uno de los grupos más vulnerables en cuanto a la economía, la política, la cultura y la educación de cada una de las sociedades, por el simple hecho de existir.

Algunos de los problemas a los que se enfrentan millones de niños en el mundo son, la prostitución, conflictos armados, violencia, condiciones de trabajo crueles, pobreza, detenciones arbitrarias, asesinatos, pobreza, falta de comida, hogar y educación; por lo tanto, se proclamaron los derechos internacionales de los niños, para asegurarles ayuda y protección. Algunos de estos derechos son: el derecho a la salud, la educación, condiciones de vida adecuadas, el esparcimiento y el juego, la protección de la pobreza, la libre expresión de sus opiniones, entre otros muchos más.

Es importante proteger el normal desarrollo de las capacidades de los niños, pues ellos son el futuro de nuestro país y del mundo. Por ello, en la medida en que tengan un sano crecimiento, una buena educación y formación, se tendrán mayores beneficios pues habrá mayor preparación en las futuras generaciones, lo que se traducirá en mejores propuestas para el beneficio mundial.

Por lo tanto, es indispensable conocer cuáles son las repercusiones de las políticas y de las medidas tomadas por los Estados en todos los ámbitos para determinar cuáles deben ser los derechos de los niños y como deben ser aplicados en los diferentes países.

Al efecto, se establecen como anexo del presente trabajo el listado completo de la normatividad internacional que se ha dictado con la finalidad de alcanzar los fines y principios contenidos en la Convención de los Derechos de los Niños, y que se dirigen a las Instituciones Gubernamentales.

“El marco jurídico nacional esta conformado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), los tratados internacionales aprobados y ratificados por el país y las leyes federales y locales. La complejidad de dicho marco jurídico obedece en gran medida al carácter federal del país”.<sup>80</sup>

México ha ratificado un importante número de tratados internacionales en materia de derechos humanos. Frente a ello, el Estado Mexicano se ha visto en la necesidad de ir adecuando sus sistemas jurídicos nacionales y locales a los estándares mínimos reconocidos por estas convenciones y a realizar diversa reformas legislativas al marco jurídico constitucional y en los niveles federal y local.

Se comenzaron pues ha desplegar una serie de avances significativos, de entre los cuales se encuentran las reformas constitucionales al artículo 2, que reconoce que la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada en sus pueblos indígenas, y el artículo 1° en materia de no discriminación. Asimismo, se han emitido diversas leyes nacionales que a su vez han comenzado a traducirse en leyes locales importantes para el cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Entre estas destacan la Ley para Prevenir y eliminar la discriminación; la de Asistencia Social; la General para la Igualdad entre hombres y mujeres la general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia; la General de las Personas con Discapacidad; y la ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, así como diversas reformas de los Códigos Civiles y penales.

---

<sup>80</sup> PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Op. cit. p. 97.

“Específicamente en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) el 21 de septiembre de 1990, por lo que desde ese momento quedó obligado a cumplir con sus disposiciones y a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier índole, necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella. Asimismo, México ratificó los dos protocolos facultativos de la CDN relativos a la participación de niños en conflictos armados (2002) y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2002)”.<sup>81</sup>

De las anteriores reformas, resulta de importante relevancia, la realizada al artículo 4, realizada en 1999, que incorpora la noción de sujetos de derechos, reconociendo que los **niños y niñas son titulares del derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, estableciendo que son los ascendientes, tutores y custodios quienes tienen el deber de preservar estos derechos**, mientras el Estado es responsable de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la divinidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, así como de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Por otro lado, destaca la reforma al artículo 18 Constitucional, realizada en 2005, mediante la cual se transforma en antiguo sistema tutelar de justicia para menores infractores y se establecen las bases para la creación de un sistema integral de justicia para adolescentes en conflicto con la ley Penal acorde con la CDN. La reforma obligó tanto a la Federación como a los Estados y al Distrito Federal a establecer, en el ámbito de sus respectivas competencias, este nuevo sistema y a crear instituciones, tribunales y autoridades especializados para su aplicación.

---

<sup>81</sup> QUINTANA ROLDÁN, Carlos. Op. cit. p. 139.

Como ya vimos, a partir de la ratificación del Estado Mexicano de la Convención de los Derechos del Niño, se fue creando la plataforma jurídica necesaria, a fin de emitir y realizar las adecuaciones en las Legislaciones existentes que permitan la eficiencia en la aplicación de los principios rectores de la Convención.

Se citan pues a continuación las Legislaciones Federales que regulan los Derechos de los Niños.

- 1) "Código Civil Federal
- 2) Código Penal Federal
- 3) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- 4) Ley de Asistencia Social
- 5) Ley del Seguro Social
- 6) Ley General de Cultura Física y Deporte
- 7) Ley General de Educación
- 8) Ley General de Salud
- 9) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica
- 10) Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal
- 11) Ley para la Protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
- 12) Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas".<sup>82</sup>.

En el ámbito local, en el Distrito Federal las leyes que protegen a los niños son:

- Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el Distrito Federal.

---

<sup>82</sup> PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Op. cit. p. 89.

- Código Civil para el D.F.
- Código Penal para el D.F.
- Procuraduría de la Defensa del Menor.
- Ley de los Derechos de los Niños. Entre otras.

#### **G. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto**

Según venimos observando, el interés superior constituye más que una simple definición, pues en su concepción se pretende integrar la observación de los criterios necesarios para garantizar el sano desarrollo de los hijos.

Así pues, con relación en la interpretación del principio “interés superior”, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido los siguientes criterios.

**“INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLICITO EN LA REGULACION DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTICULO 4º. CONSTITUCIONAL.** De acuerdo a una interpretación teológica, el interés superior del niño es principio de rango constitucional, toda vez que en el dictamen de la reforma constitucional que dio lugar al actual texto del artículo 4º., se reconoce expresamente que uno de los objetivos del órgano reformado de la Constitución era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país en materia de protección de los derechos del niño. En este sentido, el interés superior del niño es uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos del niño. En el ámbito interno, el legislador ordinario también ha entendido que el interés superior es un principio que está implícito en la regulación constitucional de los derechos del niño, ya que es reconocido expresamente en la

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas Niños y adolescentes como un principio rector de los derechos del niño”.<sup>83</sup>

**“INTERES SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO.-**El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social a favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde se deriva que el **interés superior del** menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo **del niño** o niña a quien van dirigidos”.<sup>84</sup>

En atención a las jurisprudencia citadas y de acuerdo con los artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos **del Niño** (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3,4,6y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al **interés superior del niño**, en todas las medidas que tomen concernientes a estos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia acepto el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión ‘**interés superior del niño**’... implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida **del niño**.”

---

<sup>83</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII. Abril 2011. Novena Época. Primera Sala. p. 310.

<sup>84</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII. Marzo de 2011. Novena Época. Quinta Sala. p. 220.

## **CAPITULO CUARTO**

### **PROPUESTA PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES CON SUS PADRES**

Con el propósito de plantear y hacer dirigible la propuesta, será necesario recurrir a varios supuestos que originan y garantizan la importancia de convivir en armonía entre los padres con sus hijos, apoyándonos en razonamiento teológico, jurídico, biológico, psicológico y conductuales de la persona. En primer término a los supuestos que originan la ruptura familiar, los derechos que se vulneran, la influencia en los menores que no conviven con sus padres así como la trascendencia de las que si conviven con ellas, para aterrizar con la propuesta en cita.

#### **A. Supuestos que originan la ruptura de la relación paterno filial.**

Desde épocas remotas, han existido casos en los cuales, se ha dado el cese de la convivencia de los infantes con sus progenitores. A manera de antecedentes podemos referir los tiempos en los cuales, los hijos eran reconocidos por el padre que los quisiera registrar como tales, por tanto, en el supuesto de que el padre se negara a su reconocimiento, era imposible que se diera la convivencia, pues si no se preocupaban por su reconocimiento, menos aún, por mantener el lazo filial que únicamente se procuraba con los hijos considerados como legítimos, es decir, aquellos que eran reconocidos públicamente por el padre.

“Fue así como la monogamia, impuso el reconocimiento social solamente de los hijos que el padre quisiera aceptar como legítimos. Así las mujeres débiles, e inductoras o indicadas al pecado de la concupiscencia, expuestas al embarazo, producían hijos ilegítimos, expósitos, de padres no conocidos, de la iglesia,

abandonados, que en su confusión de culpa, pecado e inmoralidad, generalmente recurría a su abandono, como la última alternativa”.<sup>85</sup>

En el llamado Siglo de las Luces , con las reformas borbónicas en España y sus colonias, la nueva visión económica decía “que se carecía de mano de obra y por tanto, debería tratar de cubrirse tal necesidad de la forma en que fuera ello posible, para lo cual resultaron de gran beneficio los niños abandonados, ya que a efecto de solventar la necesidad del trabajo, la iglesia y el Estado abrieron casas de niños expósitos, cuyo fin era salvar la vida de las inocentes criaturas, aunque la verdadera razón era contar en el futuro con el recurso humano necesario para cubrir las necesidades que el trabajo demandaba”.<sup>86</sup>

En todas estas casas era posible pues las mujeres, que por cierto se consideraban como pecadoras, dieran a luz a sus hijos, evitando la pérdida del honor del padre, o marido y del apellido familiar.

Si la pecadora era soltera y pertenecía a una familia rica, el hijo tenía que ser cuidado y mantenido dentro de la familia, guardándose el secreto de la maternidad ilegítima, aunque había muchos casos de ocultamiento personal, aun de la clase alta y media. En el caso de ser una mujer pobre o un matrimonio igual y no querer o no poder mantener a los hijos, la iglesia distribuía a los hijos abandonados en las casas de las familias ricas, donde las pandemias, epidemias y endemias, hacían que la mortalidad infantil fuera altísima y la mano de obra siempre escasa, esto era un buen paliativo.

El embarazo producto de una violación o de un estupro podía ser denunciado y exigirse una dote en pago por el daño hecho, no a la mujer, sino al honor del padre y de la familia; en caso de que el violado o estuprador fuera

---

<sup>85</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 2ª edición, Porrúa, México, 1989. p. 26.

<sup>86</sup> Ibidem. p. 27.

soltero, se le hacia cuando era pertinente, cumplir con la boda. Esto era muy difícil pues la violación casi siempre se realizaba un pariente.

El abandono de niños en el siglo XVIII, sufrió una de las etapas más álgidas, pues cientos de los nacidos vivos padecieron este trato producto de embarazos no deseados. Desde aquí se deduce que el hambre y la miseria crecieron desorbitante en ese siglo y que no todos los abandonados eran ilegítimos sociales, sino mas bien económicos.

Como vemos pues, la separación de los infantes respecto de sus ascendientes ha sido desde siempre, y en aquellas épocas, no existían organismos que tutelaran el interés superior de los menores, pues nadie se preocupaba por los lazos que se rompían al darse la separación, vistos pues como una mano de obra, los niños abandonados eran un objeto de trabajo y sus derechos simplemente no existían.

En la actualidad son otros los supuestos que inciden en la ruptura paterno-filial pero también trascienden en la formación del menor, entre otros: Madres solas, Madres y Padres que trabajan.

La madre sola, generalmente adopta tal condición por cuestiones ajenas a su voluntad, y aun cuando hay actualmente muchas mujeres que por elección deciden afrontar solas la responsabilidad que conlleva la maternidad, cuando se trata de una madre sola, es consecuencia la nula relación de convivencia del menor con su padre.

La situación en que una madre soltera afronta su labor, aun en la actualidad, hace que resulte difícil el ejercerla, tanto por las pocas ayudas institucionales con las que cuenta como por la presión social a la que se ve sometida. En tales circunstancias, la maternidad es algo realmente complejo.

La relación de la madre soltera con su hijo es diferente según sea la edad de la madre y la del hijo. Por otra parte, también depende mucho de la situación

económica de la madre <sup>64</sup> y de si cuenta con la ayuda de los abuelos o otros familiares, o de amigos.

“En la sociedad tradicional, los padres acudían al trabajo mientras que las mujeres se quedaban en el hogar dedicadas a las tareas de la casa y al cuidado de los hijos. Por otra parte, en el hogar las madres no se encontraban solas para hacer frente a la educación de los hijos, puesto que también convivían con la familia y otros miembros, como los abuelos paternos o maternos, alguna tía. Además, en las casas era excepcional que únicamente hubiera un hijo, ya que se tenían dos, tres, o más. En la actualidad, han venido a modificar esta situación varios fenómenos, el más significativo de los cuales quizá sea la incorporación de la mujer al mercado de trabajo”.<sup>87</sup>

La familia tradicional ha entrado en crisis. “Hoy en día, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y el hecho que las familias están conformadas mayoritariamente por el núcleo familiar directo, que componen el padre, la madre y los hijos ha obligado a redefinir el rol que en el hogar y para con los hijos tienen la madre y el padre. La familia tiende a repartir las tareas del hogar entre el padre y la madre, y también a compartir, de manera equilibrada, la educación de los hijos. Aunque todavía no se ha alcanzado una relación de total equidad entre padres y madres en la educación de los hijos (ni tampoco en el cuidado del hogar), la tendencia es hacia su consecución”.<sup>88</sup>

Esto significa que la madre se va algo liberada de la tarea educativa de sus hijos; pero, sobre todo, que el padre encuentre un valioso papel en la educación de los niños. También se toma conciencia de que es la pareja-el padre y la madre-la responsable de la educación de sus hijos; y, por tanto, ambos tienen que llegar a acuerdos sobre lo que desean para sus niños. Es fundamental que la pareja

---

<sup>87</sup> CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 4ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 91.

<sup>88</sup> Ibidem. p. 92.

tenga los mismos objetivos y consiga acuerdos que le permita avanzar en la misma dirección.

Cuando los padres y las madres tienen obligaciones laborales fuera del hogar, tienden a compartir la labor educacional de sus hijos en mayor medida que cuando la mujer se queda en el hogar dedicada al cuidado de los hijos. Ello les obliga a establecer una línea de actuación común que determine el modo en que tienen que comportarse en la formación de la personalidad de sus hijos.

Las consecuencias de la propia conducta y de la manera de relacionarse la pareja y la familia son esenciales en la educación de los hijos. Los padres, con sus propias palabras y con su comportamiento, transmiten de manera consciente, pero también inconsciente, la actitud de escucha, de amor y de atención; o, por el contrario, de dejadez, de desatención.

Los niños son seres altamente receptivos, muy sensibles a la manera como nos dirigimos a ellos; y, por esta razón, es importante que los padres se muestren siempre muy cálidos en el modo de entablar contacto con sus hijos.

De ahí que la coherencia sea uno de los requisitos principales de la paternidad, para que el hijo no encuentre incompatibilidad o contradicción entre lo que se pretende inculcar y el modo de comportarse con sus padres.

El padre coherente con su papel de padre, y obviamente, la madre en su quehacer de madre no debe caer en determinadas formas de educación erróneas no siempre fáciles de identificar y, sobre todo, necesarias de evitar.

Por lo expuesto se puede apreciar que falta mucho por hacer en este rubro y que corresponde a los 3 niveles de gobierno y a los profesionistas, aportar los insumos necesarios para dar solución a la problemática planteada.

## **B. Derechos vulnerados por el cese de la convivencia en los ámbitos internacional y federal.**

Al cesar la convivencia de los menores con sus progenitores se afectan derechos reconocidos y tutelados, enumero a continuación los ordenamientos y disposiciones garantísticas de tales derechos, tanto a nivel internacional como federal.

En el ámbito internacional, la Convención de los Derechos del Niño, establece lo siguiente:

### Artículo 3

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

Los estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, con ese fin, tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los Estados Partes se aseguraran de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 6. Los estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

Los estados Partes garantizan en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Los Estados Partes velaran por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que haya contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9. Los Estados Partes velaran porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

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

Los Estados Partes respetaran el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con

ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionara, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cercioraran, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por si misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

#### Artículo 18.

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Como vemos pues, existe una serie de instrumentos que tutelan de manera perfecta el derecho de convivencia de los menores con sus progenitores, por tanto, podemos decir que la causa por la que actualmente haya tantos niños carentes del acercamiento familiar, no deriva de la falta de disposición que la regule, pudiendo pues ser imputable el cese de la convivencia a las instituciones y organismos ya existentes, que procuran la tutela de otros muchos derechos pero en muy poca proporción el de convivencia.

En el ámbito Federal, citemos lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4°

“Artículo 4. (Se deroga el párrafo primero)

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad el Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

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

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

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

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.”

El artículo 4° establece todo lo relacionado a garantizar los alimentos. a la familia. Aquí, el comentario es, que no indica cómo, hacer efectivas las garantías y derechos humanos, que señala, por ello debemos interpretar su texto y citar otros ordenamientos para complementar lo dicho; aunque lo ideal sería que ahí se especificaran. Afortunadamente, se elevó a rango constitucional el interés superior del menor en las reformas del 13 de octubre del 2011, solo falta el mecanismo legal adecuado para dar cumplimiento a tal derecho.

### **C. Influencias conductuales en los menores por la falta de convivencia con sus progenitores.**

El problema del cese repentino de la convivencia de los niños con sus progenitores, depende mucho del momento en que se da, es decir, de la edad que tiene el pequeño, pues por regla general ignoran lo que sucede y las dudas que les despierta la separación repentina y que en muy pocas ocasiones es atendida por los progenitores o por las instituciones a cuyo cargo se deriva la custodia, pueden ocasionarles traumas que se ven reflejados en su conducta social y que desde luego requieren ser atendidos una vez identificados, pues la falta de

cuidado y atención necesarias, hacen que sus afecciones se vean reflejadas de una u otra manera en etapas posteriores de la vida.

Lo anterior sin contar que muchos niños jamás expresan sus sentimientos de dolor, enojo y frustración, lo que torna más difícil advertir las causas en la dificultad de relacionarse e incluso aceptarse, empero lo que si es claro, es que la falta de convivencia con los progenitores se refleja en muchos momentos de la vida, aunque no siempre en la misma medida y de la misma manera, pues cada caso tiene sus peculiaridades; de aquí que, un hijo que no convive con sus padres, no en todos los casos reacciona de manera semejante, ya que según se explico en párrafo que antecede, para calificar la repercusión en la conducta debe atenderse a los momentos y las razones del por qué la convivencia cesa.

Luego entonces, punto fundamental para superar la crisis de la separación es el apoyo que los padres brinden al menor, lo que torna de suma importancia, que los padres participen en la medida que el propio menor lo requiera, luego pues, las convivencias deben ser en función a las necesidades del menor y no del adulto, pues es solo así como se garantiza la protección del interés superior del menor.

Aproximadamente un tercio de los hijos de padres que se separan pierden contacto con uno de ellos, e incontables son los niños que sufren mientras los padres continúan con los pleitos en los tribunales, preocupándose por desahogar sus propios enojos y frustraciones, lamentablemente olvidando las necesidades y sentimientos de los hijos, de modo tal, que incluso los hijos se convierten en punto de discusión y se toman como rehenes para tratar de someter al otro a la voluntad y dese del padre o la madre, según se tenga la custodia.

Ante todo lo anterior es difícil saber, o siquiera imaginar, cual es el nivel de daño psicológico que los hijos sufren, pues por tratarse de emociones en mucho depende del carácter y valor propio del pequeño, aunque si se puede asegurar que en mayor o menor grado, en todos los casos de separación, existe un

momento de duelo en el, menor que si no se maneja de manera adecuada, se refleja en su conducta por el resto de su vida.

“Si partimos de la premisa universal de que el ser humano es único e irrepetible, será fácil entender que la compulsión que puede sufrir un pequeño que es privado de la convivencia con sus progenitores, es diversa, empero debe insistirse que lo que veremos serán diversas manifestaciones conductuales, desde la infancia y que serán más marcadas en la etapa de la adolescencia, empero, en todos los casos habrá un daño, puede ser posible también, que una vez asimilada la realidad de la separación del menor con sus padres, esta se torne como un aliciente positivo para no continuar los mismos patrones. Sin embargo, existe un daño que se podía evitar si se procurara que la relación filial no fuera rota por la simple voluntad de los adultos y se dejara al bienestar del pequeño el momento oportuno y la forma en cómo la convivencia debe cesar”.<sup>89</sup>

De lo anterior podemos concluir, que cuando más se prolonga el conflicto entre los padres, es mayor el daño que al menor se ocasiona, pues se ven expuestos a situaciones de dolor, angustia, incertidumbre, y son pocos los padres que se preocupan por el sentir de los pequeños, pues en su generalidad una vez concluidas las relaciones de pareja, los adultos se dedican a “reconstruir sus vidas”, olvidando así, la más importante de sus misiones como padre y que es el buscar el bien de los hijos.

Sobre lo anterior, Florencia Bienenfeld en su libro “Como ayudar a los hijos de padres divorciados”, alude a un estudio realizado por las doctoras Judith Wallenstein y Joan B. Nelly, y refiere:

“...las doctoras Judith Wallenstein y Joan B. Nelly, quienes condujeron un estudio sobre los hijos de padres que se habían divorciado durante un periodo de diez años, encontraron que, si a un niño se le priva de uno de sus padres, o si sus

---

<sup>89</sup> PAROLARI, Fernanda. Op. cit. p. 214.

padres suelen reñir y competir, el pequeño tiende a tener una baja autoestima. Esto a menudo ocasiona daños psicológicos y los niños pueden desarrollar síntomas tan graves como ansiedad, depresión, regresiones, perturbaciones en el sueño como pesadillas, sonambulismo, asma, alergias, habito de orinarse en la cama, rabietas y tics nerviosos. Pueden también rechinar los dientes, tener vomito, aferrarse en exceso a cualquiera de sus padres o volverse en extremo agresivos, empezar a soñar despiertos o alejarse de sus relaciones. Comer en demasía, mostrar falta de apetito, tener un deficiente empeño en la escuela, conductas delictivas; comportamientos autodestructivos; consumo de alcohol o drogas, ataques frecuentes de llanto o ausencia de emociones, y problemas para expresar sus sentimientos. Deberá buscarse asesoría profesional en caso de cualquiera de estos síntomas persista...”<sup>90</sup>

No debe olvidarse pues, que los hijos al igual que los adultos, viven un proceso de duelo tras la separación por cualquiera de las formas que se dé, por lo que es importante como adultos, no olvidaren todo momento que los pequeños necesitan que se les ayude a procesar su duelo y sobre todo que no se rompa la convivencia con ninguno de los progenitores de forma repentina, como lo hacen los adultos entre sí, con motivo de la separación, ya que no puede convivir con sus padres y más aun les significa un cambio repentino al someterse a visitas y convivencias a merced de los adultos.

Veremos, que los impactos psicológicos son diversos, atendiendo a la etapa en que la ruptura filial sucede.

Los problemas que se suscitan a raíz de la falta de convivencia pueden abordarse desde varios aspectos y se manifiestan de manera diferente atendiendo a la edad de los niños, luego pues, comenzaremos con el análisis de las repercusiones psicológicas en los primeros años de vida.

---

<sup>90</sup> BIENENFELD, Florencia. ¿Cómo Ayudar a los Hijos de Padres Divorciados? 3ª edición, Selector, México, 2009. p. 16.

Si ya de por sí el comportamiento de los niños suele presentar trastornos por situaciones aparentemente tan sencillas como pueden ser los mimos exagerados o los modelos que en casa se tienen, cuando más difícil es el desarrollo emocional de los niños cuando carecen de relación con sus progenitores.

Los comportamientos de berrinche o pataleta pueden presentarse de manera aislada o combinada: algunos niños son tercos y caprichosos, otros hipersensibles, retraídos y distraídos, algunos son impulsivos y muy posesivos con sus pertenencias, y también pueden perder el control de sí mismos de un momento a otro o emocionarse con facilidad.

Los infantes que presentan berrinches tienen patrones irregulares para comer, dormir, vestirse y levantarse. Por lo general, piden todo a gritos o lloriqueando e incluso, cuando no son complacidos pueden llegar a enfrentar y desafiar la autoridad de los adultos.

Se afirma pues, que son muchas las causas que motivan a un niño a actuar de esa manera. En algunos casos, esta reacción se debe a la ausencia física o afectiva de sus padres, pues el pequeño al igual que los adultos requieren sentirse acompañado, apoyado y escuchado. Es probable pues, que mediante conductas negativas, como gritar, desordenar su cuarto o la casa, romper objetos valiosos o enfrentarse y desobedecer a los mayores, el niño este solicitando atención, cuidado y afecto.

En otros casos, el niño necesita reafirmar su poder sobre los adultos que cuidan de él y que le dan órdenes. Se niega a cumplir con los horarios establecidos para la realización de diferentes actividades, y los evade con el berrinche. Cuando va tomando conciencia de que le da resultado, lo utiliza con mayor frecuencia y variedad.

Por último, esos comportamientos indeseables pueden ser producto de una baja autoestima por parte del menor, que utiliza cuando se siente incapaz y con poca habilidad para enfrentar alguna situación.

Las sensaciones anteriores generan en el niño angustia e inseguridad, por lo que, trata de llamar la atención con una pataleta, un berrinche o de la forma que mejor resultado le de.

“La falta de convivencia puede pues lesionar al niño de forma tal que se verá afectado en principio su personalidad y como consecuencia de ello, en la dinámica de su conducta, donde en el primer caso se reflejara en la perdida de estabilidad en su calidad de vida, se irá generando un deterioro en la autoestima y le podre incluso causar un grave daño que será transmitible a sus amigos, y en general tendrá repercusiones directas en la manera en que maneje sus relaciones con terceros; en los segundos puede incluso implicar una conducta sucia o muy agresiva para con sus seres queridos”.<sup>91</sup>

Las alteraciones en la personalidad va generando una persona individualmente menos competente y socialmente más destructiva, que se manifiesta con conductas intolerantes en la vida individual, familiar, educacional, laboral, generadoras de situaciones de tensión y conflicto que pueden derivar en daños a sí mismo y a los demás.

Los efectos que produce el divorcio en la conducta de los hijos, son tan variados como la personalidad del niño, pero a continuación se listan algunos de los, más comunes.

- a) “Las regresiones (conductas que corresponden a niños de menor edad)
- b) La rebeldía (irritabilidad y oposición constante a la autoridad).

---

<sup>91</sup> Ibidem. p. 17.

- c) La alteración del sueño (pesadillas, bruxismo o rechinado de dientes y las inspecciones nocturnas a la recámara de mamá).
- d) La tensión (presencia de tics nerviosos, pérdida de apetito; uñas lápices y puños del suéter mordido).
- e) Bajo rendimiento escolar (bajas calificaciones y reportes de mala conducta en la escuela).
- f) Conductas inadecuadas (travesuras inusuales, beber, fumar, agresiones a sus compañeros).
- g) Tristeza (retraimiento, llanto repentino, silencio).
- h) Miedo (a estar solo, a ir al colegio, a que mamá vaya al trabajo).
- i) Soledad (alejamiento social, en su cuarto).
- j) Negación (cuando repreguntan que le ocurre, responde que no pasa nada).
- k) Culpa (crees que son los causantes de los pleitos de sus papas, piensan que han hecho algo malo para que papa y mamá se divorcien).
- l) Minusvalía (se siente inferior, menos valioso, diferente a los demás)<sup>92</sup>.

Conforme a lo anterior encontramos pues, la importancia de que el niño y posteriormente el adolescente se desenvuelva en un ambiente sano, pues es en la familia donde se aprenden los valores que van a determinar la conducta posterior.

Como corolario de lo anterior podemos decir pues, que la separación de los hijos con sus progenitores puede producirles una situación de minusvalía, atendiendo a factores particulares de su conducta, especialmente lo relacionado a su cultura, medio social y situación biopsíquica.

---

<sup>92</sup> GHERSI, Carlos Alberto. Valuación Económica del Daño Moral y Psicológico. Daño a la Psiquis. 4ª edición Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000. pp. 65 y 66.

#### **D. Importancia de la convivencia de los niños con sus padres.**

La convivencia de los niños con sus padres es un deber y un derecho para ambos y el estado de derecho debe garantizar tal convivencia en atención a que el derecho familiar es de orden público e interés social, luego entonces las facultades y limitaciones en este rubro, deben cumplirse aún en contra de la voluntad de los obligados.

Las enseñanzas de los padres a los hijos van más allá de la trasmisión de información concreta, de valores y principios. Los padres se convierten en los modelos que actúan de referente a la hora de orientar la conducta de sus hijos. La manera como los hijos se comportarán en las diferentes situaciones de la vida no sólo en su posterioridad como padres, sino además, con los amigos, en el trabajo y en general en el quehacer cotidiano, viene determinada en gran medida por el modo como los padres se comportan entre ellos y con los propios hijos; en definitiva, en el seno de la familia.

Todos los avances de la vida de un ser humano desde que nace, son consecuencias de factores como:

- “El cuidado.
- El amor.
- La nutrición adecuada.
- El paso del tiempo.
- La madurez y
- Un ambiente rico en estímulos que sean apropiados para cada momento”.<sup>93</sup>

En suma, corresponde al adulto dotar al niño de una fuente de estímulos gratificantes que permitirán su crecimiento y desarrollo.

---

<sup>93</sup> Ibidem. p. 67.

La ternura y amor que inspira una criatura cuando nace, motiva a los padres a responder a sus innumerables demandas. Trasnoces, atención permanente, cambio de pañales, lactancia, aseo, preparación de biberones, lavado y arreglo de múltiples mudas de ropa, visita, ritual de baño, etc.

Los padres cumplen un papel básico en el desarrollo de la personalidad de los hijos. Las primeras interacciones del niño con los padres son determinantes para su vida futura porque es durante la infancia cuando se forma el mundo interno, es decir, las relaciones que establece la persona “consigo misma”. Lo que ocurre en el seno familiar, lo bueno, lo malo, lo placentero, lo doloroso y desagradable que se vive en los primeros años de vida es “guardado” en el mundo interno.

En el mundo interno de cada persona hay una lucha constante entre modelos positivos y negativos; cuando existe predominio de los modelos positivos, la persona desarrollará interés por el mundo externo que lo rodea, realizará actividades variadas y podrá utilizar la agresividad en la búsqueda de condiciones que lo hagan crecer.

Algunos autores manifiestan que en esta etapa, a los padres corresponde casi pensar, intuir y captar por el niño para complementar su sistema nervioso, mientras éste se desarrolla. De tal manera, los padres podrán prever cómo el chico reaccionará a determinados estímulos o situaciones y usar ese conocimiento para prevenir a causar una situación con el fin de ayudar al niño en su proceso evolutivo.

En estas condiciones los padres también sabrán con claridad hasta dónde deben exigir y hasta dónde no, pues serán conscientes de en qué momento del desarrollo se encuentra el niño.

No tratarán, en consecuencia, de forzar al menor a hacer cosas no adecuadas para su edad.

Los padres podrán dar los primeros pasos de una conducta prevista y esperarán con paciencia a que el pequeño la aprenda y repita. Por ejemplo, si el niño ya se encuentra en capacidad de recoger y organizar sus juguetes, la madre puede empezar a recogerlos y organizarlos ella misma e incentivar al pequeño a hacer lo mismo.

Los padres, en consecuencia, se convierten en los primeros modelos de los niños. De manera simbólica podemos compararlos a grandes espejos en los cuales los menores se reflejan de manera permanente, actuando como ellos lo hacen y tratando de ser como ellos son.

Los niños, en la medida en que observan a sus padres, aprende a manejarse en el mundo. Al inicio, por supuesto, necesitarán de su cuidador, pero conforme van creciendo serán cada vez más independientes y necesitarán menos ayuda.

El desarrollo de las relaciones socio afectivas y del comportamiento del niño es resultado también de la observación y aprendizaje de relaciones y comportamientos de personas con alto significado para el niño, como sus abuelos, tíos, maestros.

Lo anterior le toca precisamente al legislador a través del derecho su cumplimiento, es decir por medio de las normas jurídicas existentes para tal efecto, es más, falta mucho por hacer porque nuestra legislación todavía no aporta los medios legales afectivos para asegurar la convivencia de los padres con sus hijos y se someten a juicios tediosos y burocráticos que desgastan la economía y la moral tanto de los padres como de los niños; por ello debemos contar con leyes eficientes que garanticen de manera real la convivencia de los menores con sus padres cuando estos se están divorciando y después de divorciarse.

## **E. Organismos, dependencias, instituciones y fundaciones que protegen los derechos de los niños.**

Existen en México y en cada uno de los Estados, diversas instituciones y organismos, algunas dependientes directamente del Ejecutivo Federal y en otros casos incluso fundaciones privados que pugnan por el respecto a los derechos de los niños, se trata pues de recopilar en este capítulo la totalidad de organismos, dependencias, instituciones, fundaciones e incluso asociaciones que procuran la protección de los infantes.

La UNICEF, es el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y procura que los principios contenidos en la Convención de los Derechos del niño se cumplan.

“UNICEF México, es la representación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia en el país. Su tarea, es unir voluntades y articular esfuerzos para cumplir con una misión central: promover el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en todo el territorio nacional. La cooperación de UNICEF en México comenzó el 20 de mayo de 1954, cuando la organización firmó el primer acuerdo de colaboración con el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y se establecieron las bases de cooperación con el propósito de beneficiar a los niños y adolescentes, mujeres embarazadas y madres lactantes del país”.<sup>94</sup>

UNICEF en México, trabaja para contribuir al pleno cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, visibilizando las desigualdades que les afectan, apoyando la generación de datos actualizados, articulando esfuerzos del gobierno, la sociedad civil y el sector privado, y promoviendo el diseño y la implementación de políticas y presupuestos adecuados para la infancia.

---

<sup>94</sup> LUJAMBIO, Julieta. Mamá Sola un Nuevo Significado para la Maternidad sin Pareja. 2ª edición, Planeta, México, 2007. p. 36.

Asimismo, UNICEF concentra sus esfuerzos en garantizar una educación de calidad a todos los niños del país, con especial atención en la niñez indígena, y en reforzar los mecanismos de protección para la niñez particularmente vulnerables como los niños migrantes, los niños trabajadores y los niños víctimas de violencia, explotación y abusos.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF por sus siglas en inglés, que tiene fin, conjuntar esfuerzos para cumplir con los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, reconocen en México, como protectores de los Derechos del Niño, las asociaciones siguientes:

- ALTO A LA IMPUNIDAD: NI UNA MUERTE MÁS.
- ASOCIACIÓN MEXICANA DE UNIONES DE CRÉDITO DEL SECTOR SOCIAL AMUCSS.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS COMERCIALIZADORAS DE PRODUCTORES DEL CAMPO.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA MONTAÑA (TLACHINOLLAN A.C.).
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS FRAY FRANCISCO DE VICTORIA.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS MIGUEL AGUSTÍN, PRO JUÁREZ A.C.
- CENTRO DE ESTUDIOS FRONTERIZOS Y DE PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A.C.
- CENTRO DE INFORMACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA MÉXICO, CUBA Y REPÚBLICA DOMINICANA.
- COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A.C.

- COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (CMDPDH).
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO (CND).
- COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER (CLADES) SECCIÓN MÉXICO.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TABASCO, MÉXICO.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CIR).
- FORO MIGRACIONES MÉXICO.
- FUNDACIÓN FORD MÉXICO.
- FUNDACIÓN RIGOBERTA MENCHU (TUM).
- LIGA MEXICANA POR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- LISTA DE DISCUSIÓN E INFORMACIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO.
- PROGRAMA DE COINVERSIÓN PARA EL DESARROLLO DEL DISTRITO FEDERAL, GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL.
- PROGRAMA LA NETA, MÉXICO.
- RED NACIONAL DE ORGANISMOS CIVILES DE DERECHOS HUMANOS.
- SERVICIO PAZ Y JUSTICIA SERPAJ CHIAPAS, MÉXICO.
- SERVICIO PAZ Y JUSTICIA SERPAJ DISTRITO FEDERAL.
- SERVICIO PAZ Y JUSTICIA SERPAJ TABASCO.
- SERVICIO PAZ Y JUSTICIA SERPAJ VALLE DE MÉXICO.
- SERVICIO PAZ Y JUSTICIA SERPAJ CUERNAVACA, MORELOS, MÉXICO.
- SIN FRONTERAS MIGRANTES-REFUGIADOS.
- TALLER UNIVERSITARIO DE DERECHOS HUMANOS, OAXACA.

Como podemos ver, existen organismos, dependencias, instituciones y fundaciones que protegen los derechos de los niños, pero éstas, no tienen un gran

peso jurídico como para hacerlos efectivos y eficientes, ante las autoridades correspondientes, estas instituciones, son un remedio leve para combatir el verdadero problema que casi en la mayor parte del continente americano y en nuestro país existe; luchar, hacer valer y respetar, el interés superior del menor por cualesquiera otro derecho.

La proliferación de las instituciones citadas, se debe principalmente a que los tres niveles de gobierno han sido omisos y de poca efectividad los remedios legales existentes instaurados para tal efecto y estos organismos son un paliativo ante la desatención y poca efectividad del poder judicial.

#### **F. Organismos protectores de los derechos de los niños en México.**

Son varios los organismos que tratan de proteger los derechos de los niños en nuestro país, desde instituciones públicas, privadas e internacionales donde destacan:

- CENTRO DE ESTUDIOS SOCIOLÓGICOS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES UNAM.
- PROGRAMA DERECHOS INFANCIA UAM-XOCHIMILCO.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CNDH).
- INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN (INM)-SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN (SEGOB).
- COMISIÓN MEXICANA DE AYUDA A REFUGIADOS (COMAR) SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN (SEGOB).
- CENTRO NACIONAL PARA LA SALUD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-SECRETARÍA DE SALUD (SSA).
- COMISIÓN NACIONAL DE PROTECCIÓN SOCIAL EN SALUD-SECRETARÍA DE SALUD (SSA).
- COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.
- INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL (IMSS).

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (PGR).
- SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL (SEDESOL).
- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA (SEP).
- SISTEMA NACIONAL DE DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (SNDIF).
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y ADOLESCENTES (INN).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM).
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR).
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF).
- ALDEAS INFANTILES Y JUVENILES S.O.S DE MÉXICO I. A.P.
- ASOCIACIÓN PSICOANALÍTICA DE ORIENTACIÓN LACANIANA, A.C. (APOL).
- ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE CHIHUAHUA, A. C.
- AYUDA Y SOLIDARIDAD CON LAS NIÑAS DE LA CALLE, I. A.P.
- CARITAS MÉXICO.
- CENTRO DE EDUCACIÓN INFANTIL PARA EL PUEBLO, I.A.P.
- FONDO PARA NIÑOS DE MÉXICO.

Quiero mencionar que las instituciones y organismos señalados, son solo algunos de los muchos que existen actualmente y que tratan de brindar apoyo en cualquier ámbito a los menores que por desgracia, no conviven con sus padres o que tal convivencia, se ve dañado su estado emocional.

#### **G. Propuesta de solución a la problemática planteada.**

Después de haber analizado con mucha atención todos y cada uno de los incisos de la presente investigación, considero de gran importancia plantear la posible solución al problema del derecho de convivencia de los menores con sus padres porque al parecer, el legislador se preocupa más por los derechos e

intereses de los padres, que por el interés superior de los menores, siendo que este está debidamente protegido y garantizado tanto en los ordenamientos internacionales como en los nacionales, aquí, lo que ha fallado desde mi particular punto de vista, es el elemento humano.

Como solución a la problemática en estudio proponemos que el derecho de convivencia y obligaciones derivadas de la patria potestad se ejerzan de acuerdo a lo establecido en los Derechos Universales del Niño, y los documentos relativos a los derechos del hombre que son declaraciones que protegen a toda persona, razón por la cual debe aplicarse al niño, es decir, éste gozará de los derechos del hombre proclamados en la Declaración Universal, porque, tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de su persona a un recurso efectivo ante los tribunales competentes que lo amparen de los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. No puede ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y tampoco son admisibles las injerencias arbitrarias en su vida, su domicilio o correspondencia.

En estos términos, el menor tiene derecho a la libertad de pensamiento, de opinión y de expresión e incluso a la libertad religiosa. El niño es titular del derecho a la educación, cuyo objeto es el pleno desarrollo de su personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, los padres poseen con referencia, la facultad de escoger el tipo de educación que habrá de dar a sus hijos, procurando lo mejor para éstos.

Retomando el tema que nos ocupa, es importante señalar, lo más importante de la Declaración de los Derechos del Niño, que servirá como base a las alternativas de solución que proponemos.

La declaración, precisa que el niño gozará de una protección especial para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Siempre que sea posible, deberá crecer bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

De lo anterior, se infiere que si se toma en cuenta lo que establecen los ordenamientos internacionales y nacionales, el interés superior del niño, está garantizado, únicamente falta dar cumplimiento a lo escrito, esto, se logrará mediante los organismos idóneos que los legisladores propongan a través de la asesoría de especialistas del derecho familiar que los orienten a tal acto.

La Declaración de los Derechos del Niño al igual que el Código Civil para el Distrito Federal, reiteran que el menor, debe ser protegido contra toda forma de crueldad, abandono, explotación y falta de alimentación; lo importante aquí, es cómo se va a dar cumplimiento a tal acción. La respuesta, es sencilla urge un cambio de cultura en estos tópicos, pero sobre todo, legislaciones adecuadas al respecto, hechas por especialistas de la materia.

Con lo anterior, se intenta llenar las lagunas existentes en los instrumentos nacionales. Aunque la comunidad internacional ha puntualizado que la existencia de un marco jurídico, no es suficiente para asegurar la protección del niño, sino más bien, dar relevancia a la consagración formal de sus derechos, por constituir un instrumento ordenador de las acciones concretas, así como también se le deben crear condiciones favorables que le permitan una participación activa y creadora en la vida social.

Las disposiciones relativas, al derecho de convivencia, aunque establecen el respeto al interés superior del menor, no son suficientes, por ello, proponemos que tales disposiciones, deben garantizar al niño, cómo, estar en condiciones de formarse un juicio propio, para expresar su opinión de manera libre en todos los asuntos que lo afectan, incluyendo la guarda, custodia y patria potestad es decir, como hacerlo reflexionar para verter su opinión de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional.

Dentro de las alternativas de solución para un adecuado ejercicio del interés superior del menor, se debe tener presente que la responsabilidad principal de los padres debe ser la manutención, guarda, custodia, convivencia y el interés del menor. Asimismo, los tres poderes, deben contribuir a la asistencia apropiada

a los padres y tutores para el desempeño de sus funciones, proponiendo la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Es urgente que en los artículos del Código Civil para el Distrito Federal, relativos a la guarda y custodia de los hijos menores, se adopten todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas, mientras el menor se encuentre bajo la custodia de sus padres o de cualquier persona que lo tenga a su cargo, para protegerlo contra toda forma de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación.

Otra alternativa de solución a la problemática planteada, será, evitar la violación de los derechos familiares de los menores de edad, cuando se decreta un divorcio, es decir, los menores deben ser escuchados, al plantearse la demanda de divorcio de sus padres y no sólo, resentir los efectos de una sentencia, en la cual, no fueron parte, pero que les causará perjuicios. Asimismo, debemos preocuparnos, porque el menor, no sea separado de sus padres contra la voluntad de éste, excepto cuando las autoridades competentes previos estudios realizados por peritos expertos en distintas ciencias dictaminen lo propio, sólo en estos casos, y de conformidad con la ley será viable tal acto.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Se entiende por interés superior del menor, la serie de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Es una garantía que las niñas y niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los quebranten.

**SEGUNDA.-** Es importante señalar que se producen obligaciones inherentes a todos los Poderes del Estado y atañe a todas sus estructuras por el principio invocado, que exige que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez; permitiendo que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos; e impone que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos de los niños y niñas.

**TERCERA.-** En esta tesitura, se puede advertir que el Poder Legislativo no es ajeno a las prioridades que obliga el principio de interés superior de la niñez, y debe vigilar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, creando los mecanismos que permitan garantizar los derechos en comento, pero circunscribiendo tal actividad hacia el interior de este órgano priorizando la función legislativa hacia los derechos de la niñez a fin de que los menores cuenten con un desarrollo integral.

**CUARTA.-** Se debe garantizar la convivencia, independientemente que los padres vivan juntos o separados, el objetivo primordial es darle seguridad al menor, ya que incorpora componentes sociales, emocionales, cognitivos y conductuales, que repercuten en beneficio de la unión familiar y de su desarrollo integral, para que no formen parte de las filas de la delincuencia organizada, como consecuencia, en muchos de los casos, por la falta de atención de sus padres.

**QUINTA.-** Es frecuente la existencia de problemas entre los progenitores, conduciendo a conflictos, que han dado por resultado que muchos niños y

adolescentes que no guardan una convivencia familiar empiecen a participar desde muy temprana edad en actos fuera de la ley.

**SEXTA.-** Dar automáticamente preferencia a la madre, o en su caso a cualquiera de los padres sobre el otro, bajo cualquier argumento de orden natural o de género en la custodia de los hijos, genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad en la protección en y ante la ley

**SEPTIMA.-** El interés superior de la infancia es el principio universal que debe tomarse en cuenta sobre todos los asuntos que conciernan a niños y niñas, pero sobre todo, en los aspectos del orden familiar, y particularmente, en este caso, cuando se trate de decidir la custodia del menor como consecuencia de la solicitud para la disolución del vínculo matrimonial.

**OCTAVA.-** Es fundamental entender que los derechos de la infancia y el principio del interés superior del niño como mecanismo para implementarlos debe estar siempre, de hecho y de derecho, definitiva e inequívocamente por encima de los intereses y derechos de los adultos, por las razones expresadas en el preámbulo 22 de la Convención sobre Derechos del Niño. Obviamente este principio no tiene, ni ha tenido como objeto, en ningún momento, generar prácticas de discriminación entre los padres cuando se sustenten en argumentos de género, una situación de preferencia de uno de los padres sobre el otro sólo podrá presentarse bajo un supuesto, el de una resolución judicial que determine que el menor debe quedar bajo la custodia de uno de ellos, en particular cuando se encuentre en riesgo la integridad y/o el sano desarrollo físico, psicoemocional, sexual o social del menor

**NOVENA.-** El Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de la Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Esta investigación está dirigida a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

**DECIMA.-** El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar programas y medidas de protección especiales para los niños, niñas y adolescentes privados o privadas temporal o permanentemente de la familia de origen.

**BIBLIOGRAFÍA**

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía BUENROSTRO BÁEZ. Derecho de Familia. 1ª edición, Oxford, México, 2005.

BERNAL, Beatriz y José de Jesús LEDESMA. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neo-romanistas. 2ª edición, Porrúa, México, 1983.

BUSSO, Eduardo. Derecho Elemental de la Patria Potestad. 2ª edición, Harla, México, 1980.

BIENENFELD, Florencia. ¿Cómo Ayudar a los Hijos de Padres Divorciados? 3ª edición, Selector, México, 2009.

CHAVEZ CASTILLO, Raúl. Derecho de Familia y Sucesorio. Curso de Derecho Civil IV. 2ª edición Porrúa, México, 2009.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 4ª edición, Porrúa, México, 2000.

CICÚ, Antonio. Derecho de familia. 3ª edición. Trad. de Santiago Sentís Melendis, Themis, Madrid España. 1967.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Familia. 1ª edición, Porrúa, México. 2000.

FLORÍS MARGADANT, Guillermo S. El Derecho Privado Romano. 13ª edición, Esfinge, México; 1985.

GHERSI, Carlos Alberto. Valuación Económica del Daño Moral y Psicológico. Daño a la Psiquis. 4ª edición Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000.

GÓMEZ FRÖDE, Carina. Derecho Procesal Familiar. 2ª edición Porrúa. México, 2007.

GONZÁLEZ, Martín. Adopción Internacional. 1ª edición, UNAM. México, 2006.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Et. al. Compendio de Términos de Derecho Civil. C-D. 1ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2004.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos. 2ª edición, Porrúa, México, 2004.

LLERO LLARGUE, Francisco. Sistemas de Derecho Familiar Civil. 2ª edición Dykinson Madrid España, 2002.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. Patria Potestad, Tutela y Curatela. 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2003.

LUJAMBIO, Julieta. Mamá Sola un Nuevo Significado para la Maternidad sin Pareja. 2ª edición, Planeta, México, 2007.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. 1ª edición, Porrúa, México, 1988.

MALUQUER DE MONTES, I. Bernet. Los Derechos de la Niñez. 3ª edición, Bosh, Madrid, España, 2009.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 2ª edición, Porrúa, México, 1989.

MORINEAU IDUARTE, Marta y Román IGLESIAS GONZÁLEZ. Derecho Romano. 4ª edición, Oxford, México, 2003.

PALORARI, Fernanda. Psicología de la Adolescencia. Despertar para la Vida. 3ª edición, San Pablo, Colombia, 2007.

PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat. Los Derechos del Niño. 2ª edición, Congreso de la Unión. LIX Legislatura, Cámara de Diputados, México, 2003.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 18ª edición, Porrúa, México, 2002.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos F. Derechos Humanos. 5ª edición, Porrúa, México, 2008.

RIVERA HERNÁNDEZ, Francisco. El Interés del Menor. 3ª edición, DYCKINSON, Madrid, España, 2000.

TAPIA HERNANDEZ, Silverio. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México. 3ª edición. CNDH. México 2010.

ZANON MASDEU, Luis. Guarda y custodia de los hijos. 2ª edición. Bosch. Madrid, España, 1996.

ZEDILLO, Ernesto. Sexto Informe de Gobierno. 1ª edición, Presidencia de la República, México, 2000.

## LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Sista, México, 2012.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Sista, México, 2012.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Sista, México, 2012.

LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Alco, México, 2012.

## DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 13ª edición, Porrúa, México, 1993.

Diccionario de la Lengua Española. 1ª edición. Salvat, Madrid, España. México, 2004.

Diccionario de la Real Academia Española. 10ª edición, Salvat, México, 2000.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VIII. 10ª edición, Dris-Kill, Buenos Aires, República de Argentina, 2000.

## OTRAS FUENTES

Artículo 3, primer apartado de la Convención de los Derechos del Niño.

Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III). Diciembre 10 de 1948.

BIDART CAMPOS, Germán. La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos. En revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. No. 19, enero/junio, 1994.

Convención Internacional de los Derechos del Niño. 1 edición. CNDH. México, 2004.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 2ª edición, C.N.D.H., México, 2005.

Declaración de Ginebra Adoptada por la V, Asamblea de la Sociedad de las Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1924.

GROSMAN, Cecilia. La Protección de los Menores en la Constitución Nacional. Revista Notariado, Buenos Aires, Argentina. No. 225, 1995.

Resolución 44/25, que entró en vigor el día 2 de septiembre de 1990, según artículo 99.

RUÍZ JIMÉNEZ, Raúl. Boletín del Instituto Interamericano del Niño. 3ª edición, BII, Argentina, 2008.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IX. Febrero de 1999. Novena Época.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo. XIII, marzo de 2001, Novena época.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo. VIII, agosto de 1998, Novena época .

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII. Abril 2011. Novena Época. Primera Sala.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII. Marzo de 2011. Novena Época. Quinta Sala.

<http://www.tribunalpr.org/orientacion/custodia.html>(17-09-11,20:30).