

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO-MEXICALI
DOCTORADO EN DERECHO



***El abandono familiar y afectación del derecho humano
del niño. Caso de estudio***

Tesis

Que para obtener el grado de Doctor en Derecho

Presenta:

Juan Pablo Venegas Contreras

Directora de tesis:

Dra. Marina Del Pilar Olmeda García

A Brenda, Brianna y Danna con todo mi amor y cariño ...

AGRADEZCO

A Dios por el gran regalo de la vida y darme la fortaleza de seguir adelante.

A mis padres por su apoyo y amor incondicional en todo momento.

A la Universidad Autónoma de Baja California, mi alma mater y a la Facultad de Derecho Mexicali, por la oportunidad que se me dio de continuar con mis estudios de posgrado.

A mi Directora de Tesis, Dra. Marina Del Pilar Olmeda García por sus valiosas horas de guía y trabajo académico.

A mis Sinodales por su valiosa orientación, consejo y apoyo académico.

A mis maestros, amigos y compañeros.

ÍNDICE

Página

Introducción	7
--------------------	---

Capítulo Primero

Aproximaciones teóricas sobre el niño y la familia

1.1.- El reconocimiento del niño.....	22
1.2.- La protección del niño	23
1.3.- El concepto de niño, niña y adolescente	26
1.4.- Las diferencia entre niño, niña y adolescente	30
1.5.- Los derechos humanos del niño	38
1.6.- Doctrinas sobre la concepción jurídica del niño	42
1.6.1.- La doctrina tutelar o de la situación irregular	43
1.6.1.1.- Niños objetos de protección	45
1.6.1.2.- Niños: confusión entre víctimas y victimarios	47
1.6.1.3.- El papel de los Juzgados para menores	48
1.6.2.- La doctrina de la protección Integral.....	48
1.6.2.1.- Niños como sujetos de protección.....	51
1.6.2.2.- Pleno reconocimiento de sus derechos.....	51
1.6.2.3.- Protección jurídica y protección social del niño	52
1.6.3.- La doctrina de la voluntad	54
1.7.- La familia y el niño	56
1.7.1.- Diferentes tipos de familia	62
1.7.2.- La familia nuclear.....	64
1.7.3.- La familia extensa	64
1.7.4.- La familia monoparental	65
1.7.5.- La familia ensamblada.....	65
1.8.- El interés superior del niño frente a la familia	67
1.9.- El derecho de familia.....	73
1.10.- El estado familiar y el ejercicio de la patria potestad.....	77
1.11.- Vulnerabilidad del niño frente a sus padres, cuando estos los abandonan.....	80

Capítulo Segundo

El marco normativo

Página

2.1.- Breve reseña del sistema universal, interamericano, nacional y local sobre los derechos humanos del niño	87
2.2.- Sistema normativo universal	87
2.2.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos	88
2.2.2.- Declaración de los Derechos del Niño	92
2.2.3.- Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	97
2.2.4.- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	98
2.2.5.- Convención sobre los Derechos del Niño	101
2.3.- Sistema normativo interamericano.....	104
2.3.1.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	106
2.3.2.- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José Costa Rica.....	108
2.3.3.- Opinión consultiva OC – 17/2002, del 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño.....	112
2.4.- Sistema normativo nacional	117
2.4.1.- Bases constitucionales.....	119
2.4.2.- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes	130
2.4.3.- Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil	136
2.4.4.- Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito	137
2.4.5.- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	149
2.5.- Sistema normativo local	151
2.5.1.- Bases constitucionales locales.....	151
2.5.2.- Derecho civil estatal	153
2.5.3.- Derecho penal estatal.....	156
2.5.4.- Ley de la Familia para el Estado de Baja California.....	157

	Página
2.5.5.- Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California.....	160
2.5.6.- Ley de Atención y Prevención de la Violencia Familiar para el Estado de Baja California.....	162
2.5.7.- Ley de Seguridad Escolar del Estado de Baja California	163
2.6.- Los derechos mínimos prioritarios del niño o derechos al mínimo vital	164

Capítulo Tercero

El abandono del niño por sus padres

3.1.- El derecho del niño a vivir en una familia y el abandono familiar	167
3.1.1.- Funciones de la familia.....	168
3.1.2.- La protección privilegiada de la familia.....	170
3.1.3.- Las necesidades básicas del niño	172
3.2.- Características del abandono familiar	181
3.3.- Afectación de los derechos humanos en caso de abandono	196
3.4.- Excepciones que justifican el abandono familiar.....	208
3.4.1.- Padres incapaces por enfermedades psicológicas	210
3.4.2.- Padres incapaces por generar actos de violencia hacia el niño	214
3.4.3.- Padres incapaces por drogadicción	219
3.4.4.- Padres en cumplimiento de una sentencia privativa de libertad	223
3.4.5.- El caso del divorcio de los padres: se configura el abandono justificado....	229
3.4.6.- Padres que abandonan por migración. Separación excepcional del niño de su familia.	234
3.5.- La convivencia familiar. Un derecho imprescindible del niño	237
3.6.- La necesidad de protección de los derechos humanos del niño	240
3.7.- Deberes de los niños.....	244

Capítulo Cuarto

Estudio de abandono en Mexicali, Baja California

4.1.- Características del Estado de Baja California	251
---	-----

	Página
4.2.- Hecho social 1.- Abandono familiar del niño	253
4.3.- Hecho social 2.- Factores sociales y familiares que propician el abandono familiar del niño	258
4.4.- Acciones de gobierno. Facultades y competencias de las instancias de gobierno	266
Conclusiones	277
Fuentes de información	288

Tablas

Tabla número 1.-.....	126
Tabla número 2.-.....	129
Tabla número 3.-.....	174
Tabla número 4.-.....	175
Tabla número 5.-.....	181
Tabla número 6.-.....	191
Tabla número 7.-.....	194
Tabla número 8.-.....	203
Tabla número 9.-.....	224
Tabla número 10.-.....	243
Tabla número 11.-.....	254
Casos en periódicos.-.....	256

Introducción

En esta investigación se realizó el estudio sobre la importancia de la familia para el desarrollo del niño, y la afectación de su derecho humano como consecuencia en el caso de abandono familiar. Se inició el estudio desde el concepto de niño en cuanto a su reconocimiento como persona y el avance –por supuesto- significativo de los (sus) derechos humanos que en su favor se han dispuesto; su relación con la familia y el caso, tan trascendente y vulneratorio de los derechos humanos del niño cuando se violan, se proscriben o no se respetan los mismos, generado por el abandono familiar. El ámbito de la investigación está delimitado a Baja California como estudio de caso.

La idea central que guía y define a este estudio doctoral, es que el niño, como categoría propia o persona siempre ha estado o formado parte del seno de la familia que es su espacio consustancial y necesario para que éste se desarrolle como persona en lo individual desde el aspecto fisiológico, espiritual y moral. Es el lugar primordial consustancial por excelencia, donde el niño debe ser atendido conforme a sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo físico, moral y emocional. No obstante, expuso Farith Simon¹, quien además agrega citando al historiador Philippe Aries, que “fue apenas en el siglo XVII que se construyó la categoría de infancia en el mundo occidental como lo conocemos en la actualidad”².

En efecto, los niños³ como seres humanos y categoría diferenciada de los adultos, no siempre tuvieron o gozaron del derecho humano a ser protegidos, atendidos y cuidados

¹ “La construcción del sujeto niño como una categoría distinta y diferenciada de los adultos es reciente”, Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a la legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, 2008, p. 1.

² *Ibíd.*, p. 1.

³ En esta investigación se estudiará el aspecto del niño y/o niña, aunque en la diversa doctrina y normas legales aplicables establecen niños, niñas y adolescentes. Así también, el concepto de menor ampliamente utilizado en el pasado fue superado por el de niño, según se lee del artículo 12 del Convenio de la Haya del 5 de octubre de 1961 sobre protección de menores, referencia en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=39> (Consultado el día 26 de marzo de 2016). Y en el caso de México conforme a la reforma constitucional al artículo

por sus progenitores o custodios⁴; ni el Estado, ni la sociedad lo regulaban así: como un derecho de los niños; de hecho la historia los olvidó, como más adelante lo expondremos.

En México, desde los años noventa, se ha observado un cambio importante en relación a los derechos del niño⁵, ya que con anterioridad eran solo objetos de protección, sujetos a medidas de corrección y de imperio por parte de sus custodios o padres; ahora, con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, México se comprometió a ampliar, fortalecer y dirigir sus políticas públicas en relación al niño, bajo la idea principal de la protección integral de sus derechos, atendiendo a la mejora progresiva de sus derechos humanos y como guía principal, el principio del interés superior del niño, en el cual se le ha considerado como sujeto de derechos, con dignidad inherente igual a todo ser humano y no como simples cosas de guarda⁶.

El derecho humano a la no discriminación por la edad (niños, niñas y adolescentes y el principio del interés superior del niño) se puede confrontar o colisionar, cuando en el seno de una familia (integrado por el padre y madre y sus hijos), aquellos los abandonan desde el aspecto sentimental, material y espiritual, violando o faltando a su deber de cuidado y custodia, dejándolos en un estado, ya sea parcial o total de exposición o abandono. En el sistema normativo nacional, a partir de las reformas constitucionales del 2011, se incorpora la idea de los derechos humanos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁷, con la que se da inicio a un

Cuarto, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 7 de abril del 2000, se sustituyó el término infante por el de niños y niñas.

⁴ No obstante que como norma moral, muchos niños fueron honestamente educados y guiados por sus ascendientes, tal y como lo afirma Mario I Álvarez, en su libro Teoría del Derecho; capítulo de derecho y la moral, cuando se le quita la obligatoriedad normativa a una obligación, 2011.

⁵ Nota: Como lo fue en el año de 1980 cuando se incorporó por primera vez el derecho del niño a ser protegido por el Estado y la sociedad, con las limitaciones que aun prevalecían.

⁶ Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1989; vigente en México a partir del 21 de octubre de 1990.

⁷ Reforma constitucional del 10 de junio de 2011, publicada en el Diario Oficial de la Federación.

nuevo paradigma en la que se considera de gran trascendencia el estatus de la persona como tal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo primero, Párrafo quinto dispone: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos o libertades de las personas”. Así se dispone constitucionalmente la prohibición a la discriminación de los derechos fundamentales, que como derechos humanos no deben ser menoscabados ni limitados, ya sea por leyes o por actos positivos o negativos de autoridad.

Se establece entre otros derechos humanos, la igualdad en los derechos fundamentales, la interpretación conforme, que significa que en los conflictos de derecho, se debe interpretar conforme a lo más favorable al individuo, así como de la obligación de todas las autoridades de promover, respetar y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; por ende, el derecho a la igualdad de los niños frente al Estado, sociedad y los adultos. Por su parte, el artículo cuarto constitucional, modificado por primera vez en 1974, estableció la igualdad jurídica del varón y la mujer, la protección legal de la organización de la familia y la paternidad responsable⁸. Esta reforma no alcanzó la generación de los derechos de los niños como sujetos de derecho, toda vez que desde el ámbito internacional no se visualizaba este derecho, ya que la Convención sobre los Derechos del Niño sería apenas de 1989.

⁸ Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1974, p. 2.

En México, fue hasta el 18 de marzo de 1980⁹, cuando mediante reforma constitucional se concibió por primera vez al niño como sujeto de protección, pero aún sin reconocerlo como sujeto de derecho, aunque estableciendo la obligación de los padres de satisfacer sus necesidades, su salud física y mental, prevaleciendo la idea de que el tema de los niños era un tema del ámbito privado, esto es, que los padres tenían el *imperium* o derecho irrestricto de encauzar y educar a sus hijos sin más intervención de tercero y el Estado: El niño no tenía voz, era invisible.

México ratifica en 1990¹⁰ la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que obligó al Estado a adoptar los derechos básicos de los niños en el territorio nacional. En el 2000 el precepto cuarto constitucional fue de nueva cuenta reformado para incorporar el reconocimiento de los niños y niñas como titulares de derechos a nivel constitucional¹¹. Derechos como la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo físico y emocional. Asimismo, se sustituyó el término legal de menores por el de niños y niñas. La última reforma a este precepto constitucional fue publicada el día 12 de octubre de 2011¹², que consagró el derecho irrestricto de los niños a ser atendidos en todo momento, respecto de su interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos, como principios rectores de su bienestar.

Así mismo, y en seguimiento a la mejora legislativa el día 3 de diciembre de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que derogó la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes de fecha 29 de mayo de 2000¹³. Los objetivos de esta ley crean la regulación, integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de

⁹ Diario Oficial de la Federación, 18 de marzo de 1980.

¹⁰ Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1989; vigente en México a partir del 21 de octubre de 1990.

¹¹ Diario Oficial de la Federación, publicado el día 7 de abril de 2000

¹² Diario Oficial de la Federación, publicado el día 12 de octubre de 2011.

¹³ Diario Oficial de la Federación, publicado el día 03 de octubre de 2014.

Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; dispone que el interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que los involucre; se precisa que son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre los doce años cumplidos y menos de dieciocho, y se colige que el interés superior del niño, va en función a la estabilidad familiar y social.

Por tanto, los derechos humanos del niño van interconectados con los derechos de familia. Esto, con independencia del tipo de familia o modelos de familias¹⁴, los niños deben de tener y gozar del cuidado y protección conforme a sus derechos humanos, y el abandono material de ellos los pone en riesgo o peligro, vulnerando sus derechos consagrados en la Constitución Mexicana, cómo es la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo físico, moral y emocional. Por lo que resulta trascendente el estudio de la familia como institución prioritaria y consustancia de los derechos humanos del niño.

Planteamiento del problema

Las recientes reformas en favor de la niñez, sustentadas en las ideas progresistas del entendimiento del derecho de los derechos humanos de la niñez, en 1948, con base en los cuales, México, suscribió y ratificó diversos instrumentos jurídicos internacionales, como: La Declaración de los Derechos del Niño, 1959; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1981; Convención sobre los Derechos del Niño, 1990; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Convención

¹⁴ Estos moldes consisten en diferentes sistemas de organizar a la familia o al sistema familiar. Son los modelos de familia según Soto Lamadrid: familia nuclear, extensa y monoparental, Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Ed. Beilis, 2011, p. 14. Así como la familia compuesta, citada por Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Ed. Nostra, 2010, p. 23.

Americana sobre Derechos Humanos, 1981, Pacto de San José Costa Rica. Mismas, que inciden en la situación social – familiar del niño y sus derechos, como el maltrato físico o emocional de que sean objeto los niños en su propia familia o el abandono de su persona y sus cuidados derivados de su estado de minoría e incapacidad material y aún legal para proveerse así mismo lo necesario para su desarrollo pleno.

Los niños deben ser atendidos y protegidos por sus padres en el seno de la familia, cuando eso no ocurre por el abandono del mismo, se ponen en riesgo y se vulneran sus derechos humanos, que el Estado y la sociedad están ahora interesados en que estas obligaciones se cumplan, bajo el principio supremo del interés superior del niño, por lo que los padres, las instituciones estatales encargadas de la protección de los niños y la sociedad tienen la obligación de la conservar, proteger y guardar sus derechos humanos.

De este modo, la familia es consustancial al niño y sus derechos, ya que el Estado y la sociedad son responsables subsidiarios para el caso de que aquella falle¹⁵. Hay que considerar también que la familia como una unidad económica, constituye la base de seguridad material del individuo; es decir, la familia como institución regula a saber, tres órdenes: orden sanguíneo, la pareja, relaciones sexuales, nacimiento de hijos; orden moral, la solidaridad, cuidado, educación, valores; y orden económico, los alimentos, habitación, educación, recreo, entre otros, donde los niños se deben de desarrollar de manera plena y con total bienestar¹⁶.

En esta investigación se intenta sustentar y argumentar las razones jurídicas de los derechos humanos que *per se* les corresponde a los niños, en particular los niños que viven en el seno de una familia, los cuales son expuestos mediante actos negativos o

¹⁵ Tal como lo podemos representar de la lectura del artículo 4to. Constitucional, párrafo décimo: “... El Estado otorgara facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de estos derechos y principios.

¹⁶ Baquero Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia*, México, Ed. Oxford, 2005, p. 8 y 9.

positivos por sus padres o custodios, poniendo en riesgo su estabilidad material, emocional y moral vulnerando sus derechos humanos¹⁷.

A partir del análisis realizado en esta investigación, se identificaron y se propusieron las políticas públicas del Estado de Baja California, referente a la garantía y eficacia de los derechos humanos del niño, cuando en el seno de su familia es abandonado por uno o dos de sus padres o custodio legal. Es innegable la regulación que el Estado debe dar a la familia a través de un marco jurídico eficiente, a la luz de los derechos humanos y bajo principios no sólo del derecho privado, sino del orden público, donde se garanticen los derechos del niño y más aún, se pongan en un plano de igualdad a todos los miembros del seno familiar, esto es, que el padre que ejerce la patria potestad o custodia carece hoy en día de derechos de corrección y educación absurdos y es responsable directo de poner en exposición a su hijo o custodiado cuando lo abandona sin justificación o impedimento legal insalvable.

Se tomaron como ejes de la investigación, cuatro ámbitos, el primero: la importancia de la institución de la familia respecto del ámbito normativo, iniciando por los principios conceptuales hasta el orden constitucional e internacional. En un segundo eje de análisis, se aboco al análisis de los principios rectores de los derechos humanos del niño y su familia, a saber cómo: el principio de protección, principio de interés superior del niño y la familia y de las instituciones del Estado obligadas a salvaguardarlas.

En un tercer eje de análisis, a la luz de las posiciones doctrinales de vanguardia sobre la organización de los derechos del niño, nos centraremos en la normatividad del régimen familiar en el Estado de Baja California, a través de la evaluación de los instrumentos

¹⁷ Como se ha comentado, respecto de vulnerar sus derechos a la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo físico y emocional.

normativos que lo regulan y que protegen a su familia como un derecho humano. Un cuarto eje de investigación, se centra en la crisis, sobre las violaciones de los deberes y obligaciones legales que garantizan el derecho humano de un niño en su familia, y de las correspondientes obligaciones de los padres, custodios y Estado.

Justificación

La problemática de la sociedad contiene temas educacionales, sociales, culturales, extrema pobreza, entre otros, de ahí, que el fenómeno social que tenemos que identificar referente al abandono de niños por sus padres, cuando estos no cumplen con los mandatos de la ley, a saber, de orientar, guiar, cuidar y alimentar a sus hijos, genera diversos problemas. Un padre que se ausenta sin justificación de sus hijos, que no lo alimenta, atiende, cuida, educa y no lo guía en los órdenes materia, moral y espiritual está incumpliendo con los derechos humanos de este –niño-, quien recientemente se entendió como sujeto de protección integral por el derecho y el Estado, a raíz de declaraciones internacionales y nacionales en función al principio del interés superior del niño.

La importancia de esta investigación, se centra en sustentar y argumentar las razones jurídicas y determinar si las políticas públicas e instituciones encargadas de la protección de los niños, cumplen cabalmente cuando se observa o se denuncia el abandono y los efectos que esto puede ocasionar de manera irremediable y trascendental en la vida y desarrollo de los menores¹⁸.

¹⁸ Cabe advertir que en esta investigación estamos determinando como objeto de estudio a niños integrantes de una familia, quienes son abandonados por sus padres, quienes incumplen con sus obligaciones. No nos referimos a la diversidad de situaciones a las que se puede estudiar la afectación de un niño como la pluralización de problemas de la infancia: infancia hiperrealizada, infancia desrealizada, infancia virtual, infancia adultificada, niños y niñas vulnerables por la pobreza, en riesgo por migración, delincuencia, niños en conflictos bélicos, niños y niñas explotados sexualmente, niños consumistas, entre otras ópticas y miradas como no lo expone Duarte – Duarte, Jakeline, Infancias contemporáneas, medios y autoridad. Revista latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2013. pag, 461- 472.

Así mismo, se analiza el marco normativo, desde las bases constitucionales hasta las secundarias, entre otros el Código Civil para el Estado de Baja California, que dado la complejidad de la sociedad y sus relaciones familiares, en muchos casos quedan superadas por la realidad social. Esto exige nuevas reglas con fundamentación científica y con apego a los principios constitucionales, para dar respuesta a las complejidades que presenta la organización familiar acorde al interés de la persona.

Los principios constitucionales que integran la ley suprema mexicana sobre la vida orgánica de la familia y del derecho de familia que de ahí dimana, son de avanzada, acorde a los altos valores y sustentos para la protección y desarrollo de las infancias, lo que falta es atender e implementar esos derechos mediante programas de gobierno y políticas públicas, de acuerdo al interés superior de la niñez y de los principios de desarrollo humano. El Estado tiene esta alta responsabilidad como órgano garante de estos principios constitucionales de protección de los derechos humanos del niño.

En México, y de modo particular en el Estado de Baja California, los cambios sociales, políticos, económicos, morales, tecnológicos como circunstancias externas al derecho, influyen en la vida de la familia, por lo que se deben regular legalmente las diversas y/o nuevas formas de relaciones del individuo y la familia y por supuesto los casos de abandono, partiendo de la aplicación de los principios constitucionales y el respecto a los derechos humanos, bajo el principio en todo momento el interés superior del niño y de la infancia.

Pregunta de investigación

1.- ¿Qué derechos humanos le son violados al niño, cuando sus padres lo abandona?

Preguntas específicas:

- 1.- ¿Qué derechos humanos del niño se exponen, cuando sus padres lo abandonan?
- 2.- ¿Qué factores generan el abandono familiar de los padres en perjuicio de los niños?
- 3.- ¿Qué facultades institucionales operan las instituciones públicas encargadas de la salvaguarda y protección de los derechos humanos del niño abandonado por sus padres?

Objetivos de investigación

Objetivo central

El objetivo central de esta investigación es analizar las normas que regulan a la familia y el abandono del niño por los padres, la afectación que tiene sobre el niño, así como los derechos humanos que le corresponden y su vulneración al ser sujeto del abandono.

Objetivos particulares

- 1.- Analizar la normativa de protección de los derechos humanos de los niños y las normas que inhiben y sancionan el caso de abandono del niño en el sistema universal, nacional, local y regional, en función al respeto de sus derechos humanos.
- 2.- Evidenciar las implicaciones y resultados que arrojan las estadísticas sobre el abandono del niño por sus padres, en relación a los derechos humanos o fundamentales.

3.- Identificar los factores que generan el abandono familiar en perjuicio del niño, las implicaciones en su desarrollo y la afectación a su sano desarrollo y esparcimiento, que debe tener en el seno de una familia.

Supuestos

Supuesto 1.- El sistema normativo actual de carácter universal, nacional, local y regional garantiza el respeto de los derechos humanos en relación al abandono familiar por sus padres en el seno de una familia.

Supuesto 2.- Los niños son sujetos de derecho y de protección por las normas y políticas públicas que tratan de manera diferenciada a los adultos, por lo que el abandono a su minoría de edad es una violación a sus amplios derechos humanos para su desarrollo pleno y armónico como persona.

Supuesto 3.- No se garantizan de manera plena los derechos humanos del niño mediante las normas legales y políticas que se establecen para combatir y erradicar prácticas de abandono familiar, así como los factores que la generan, en específico por las autoridades encargadas al tema en el Estado de Baja California y el Municipio de Mexicali.

Metodología aplicable

La presente investigación jurídica, se inicia con la revisión doctrinal prevaleciente respecto del concepto de niño, niñas y adolescente; el reconocimiento y protección de estos; las doctrinas que explican la situación jurídica del niño frente al derecho, como lo es la teoría de la situación irregular, la doctrina de la protección integral, así como el de la autonomía de la voluntad. Las teorías que explican los nuevos modelos de familia

consustancial al análisis del derecho humano del niño a vivir en una familia, necesarios para fundamentar el piso de derechos que le corresponde al menor de acuerdo a las nuevas tendencias doctrinales humanizadoras.

El siguiente ámbito de estudio se basó en la descripción, interpretación y análisis crítico de las normas jurídicas relativas al derecho de los niños y de la familia y sus principios constitucionales que la protegen y amparan, dentro del marco normativo aplicable y vigente en México. Se integró al análisis, la investigación jurisprudencial, mediante el examen de sentencias destacadas sobre la materia, emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para el cumplimiento de los objetivos que se pretenden alcanzar en esta investigación se hizo lógicamente indispensable el trabajo de campo, para esto se revisó casos particulares de violación al derecho humano de un niño o niña en el seno de una familia.

Las fuentes normativas que se utilizaron para el desarrollo de la investigación, por lo que hace al sistema jurídico mexicano, se consultaron la Constitución Federal, los tratados internacionales suscritos por México en materia de derechos de las niñas, niños y adolescentes, legislación secundaria y reglamentación relativa a la institución familiar, así como la jurisprudencia, tesis aisladas, ejecutorias y votos particulares que sobre el tema ha emitido el Poder Judicial de la Federación.

Para la sistematización del estudio, se decidió analizar en un primer momento, el marco teórico conceptual sobre la situación del estatus sociológico y normativo del niño; la idea de su surgimiento como una categoría conceptual y normativa distinta de la del adulto, así como de sus derechos y obligaciones; las doctrinas prevalecientes en el tema que nos explican la situación del mismo y las nuevas tendencias de regular sus

derechos humanos; la organización jurídica de la familia y las diversas interpretaciones normativas y doctrinales de esta, el sistema del derecho de familia actual, el ejercicio de la patria potestad y custodia, así como la vulnerabilidad del niño frente a sus padres, cuando estos los abandonan.

En la siguiente etapa de la investigación se revisó el marco normativo: el sistema universal, sistema interamericano, nacional y local sobre los derechos humanos del niño. Esto es los marcos normativos actuales que otorgan prevalencia¹⁹ del niño frente a los adultos y los amplios derechos de éstos, así como la eficacia y validez de tan importante normatividad.

En la tercera etapa de estudio, se analizó la situación material del niño frente al abandono de sus padres en el seno de una familia, uno o ambos, que lo abandonan, exponiendo sus derechos humanos, quedando sujeto a la vulnerabilidad de esas omisiones de cuidado y protección que deben proporcionar los padres, por uno de ellos o ambos.

En la cuarta etapa de la investigación se presentan los resultados con las consideraciones, a modo de análisis de toda la información expuesta en los capítulos precedentes, que nos permitió entender el entorno legal y jurisprudencial de los derechos humanos del niño frente a la obligación de sus padres a procurarles alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo físico, moral y emocional. De su derecho humano a vivir en una familia, libre de violencia y sumisión o abandono de cualquier tipo. Se integra en este apartado un breve análisis de la

¹⁹ <http://www.rae.es/>. Para el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, prevalente significa como adjetivo preponderante o dominante. Para el tema de los derechos de la niñez, Tirado Acero, Misael y Oliveros Ayala, César, en su artículo de investigación: *Los derechos de la niñez: el paradójico contraste entre validez y eficacia*, Revista IUSTA, Facultad de Derecho, de la Universidad Militar Nueva Granada, 2011, p. 185, dicen que prevalente es considerar "... en la actualidad, los Derechos del Niño se han elegido como una institución jurídica prevalente y significativa para la sociedad occidental en procura de establecer el reconocimiento y protección de aquellas personas consideradas punto nodal en la construcción del porvenir".

situación actual en el Estado de Baja California, en particular en el espacio del Municipio de Mexicali con la delimitación temporal de 2011- 2014, como punto de partida de la reforma constitucional de los derechos humanos en el sistema legal mexicano.

Lo implicó desde luego, el uso de las metodologías de tipo científico, analítico, sintético, deductivo, inductivo, histórico, sistemático²⁰ entre otras, que sirvieron para el desarrollo de la presente investigación, así como de su fundamentación y aportación académica científica, propuestas en los objetivos respectivos.

Se finaliza con las conclusiones y propuestas al objeto de estudio del abandono del niño por sus padres en el seno de la familia y de la violación de sus derechos humanos a pertenecer a ella, proponiendo al lector recomendaciones que sirvan en lo futuro en un mejor espacio familiar y de dignidad humana en favor del niño, de manera efectiva en aras de su pleno desarrollo humano correspondiente, imponiéndose políticas y prácticas institucionales y sanciones jurídicas a los padres abandonadores.

²⁰ Carrillo Mayorga, José, *Metodología de la Investigación jurídica*, México, Ed. Flores, 2016, p. 110.

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIONES TEÓRICAS SOBRE EL NIÑO Y LA FAMILIA

1.1.- El reconocimiento del niño

Este primer eje de la investigación, tiene por objetivo identificar y analizar la figura jurídica del niño, principal concepto- elemento de estudio, dada la problematización de la presente investigación que consiste en determinar la violación o violaciones de los derechos humanos del niño al ser abandonado por un padre o los dos progenitores, con la consiguiente afectación de su derecho a formar o pertenecer a una familia en los términos exigidos por la ley. Otro concepto de análisis es el abandono familiar, como segundo elemento de estudio a desarrollar en el cuerpo de la presente investigación.

El análisis de la figura del niño²¹ desde el aspecto conceptual es muy reciente, generalmente se le confundía o más bien, se olvidó su regulación en el pasado, tal y como afirma Farith Simon, “La construcción del sujeto niño como una categoría distinta y diferenciada de los adultos es reciente”²², quien además agrega, citando al historiador Philippe Aries que, “fue apenas en el siglo XVII que se construyó la categoría de infancia en el mundo occidental como lo conocemos en la actualidad”²³.

En el mismo sentido, Misael Tirado Acero y César Oliveros Ayala, afirman, “... la historia de la niñez se halla escasamente documentada; ese ámbito de derechos que, en la actualidad, es referente interpretativo en un rango de superioridad resulta novedoso. Apenas si se vislumbran algunos historiadores como pioneros en la investigación del tema”²⁴. Por lo que el concepto de niño o niñez, principalmente se va a construir del

²¹ En esta investigación se estudió el aspecto del niño y/o niña, aunque en la diversa doctrina y normas legales aplicables establecen niños, niñas y adolescentes.

²² Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a la legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, 2008, p. 1

²³ *Ibidem*, p. 1.

²⁴ Tirado Acero, Misael y Oliveros Ayala, César, *Los derechos de la niñez: el paradójico contraste entre validez y eficacia*, Revista IUSTA, Facultad de Derecho, de la Universidad Militar Nueva Granada, 2011, p. 2.

contexto normativo que viene a identificar y hacer visible a la figura del infante o niño como tal²⁵.

Para María Dolores Muñozcano Skidmore, “La infancia es una construcción social, la sociedad en general la ha dotado de significado y definición, la ha colocado en una posición en el entorno social, en la actualidad, con mayor presencia en el discurso más no en los hechos, la invisibilidad sigue reinando, condición de niños sigue careciendo de importancia, siguen siendo relegados como grupo social minoritario”²⁶. Esto es, que para esta autora, la infancia, sinónimo además de niñez o menores, es solo una categoría social, que se le da contenido y significancia dependiendo del entorno social y cultural.

Ciertamente, la construcción del concepto de niño, como lo concibe la doctrina y el derecho, es reciente, y en la realidad social con significación diferenciada. No obstante, en esta investigación partimos de la idea básica de que el niño es un sujeto de derecho que debe ser protegido en aras de su bienestar general. Niño, niña o adolescente, como aquel que no ha cumplido aún los dieciocho años, conforme a la ley. Con lo que cabe apuntar que el niño es actualmente reconocido en el ámbito doctrinal y legal, no obstante su aparente olvido en la historia, y cuenta de ello son las diversas normas e instituciones que tienden a protegerlo.

1.2.- La protección del niño

²⁵ Nota: De tales afirmaciones podemos admitir que la regulación del niño, inicia prácticamente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, de las Naciones Unidas), así como con la Declaración de los Derechos del Niño (Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en su resolución 1386 (XIV)).

²⁶ Muñozcano Skidmore, *Marco teórico conceptual sobre menores vs niñas, niños y adolescentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, publicación electrónica, número 5, 2011, véase <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/8>. Pdf, p. 52. Fecha de consulta: 27 de marzo de 2015.

Al hablar de la protección del niño, es partir del supuesto de que no debiera haber violación, castigos, afectaciones e invisibilidad de su figura y persona como tal, no obstante, la realidad es otra, como exponen García de Ghiglino y María Alejandra Acquaviva, quienes nos muestran un repaso histórico condesado pero ilustrativo de las afectaciones e invisibilidad del “niño” del que fue objeto: “infanticidio (antigüedad-siglo IV), los padres decidían la sobrevivencia de sus hijos y se arrogaban este derecho por cualquier razón que los motivara, esto estaba legalmente establecido. El niño estaba puesto en posición de objeto y sometido a la voluntad arbitraria del padre, éste decidía sobre su vida o su muerte, era un niño sin derecho”²⁷.

En los siglos IV- XIII, se justificó el abandono, una vez que se empezó a aceptar al hijo como poseedor de una alma “ya no era tan fácil deshacerse de él, pero podían entregarlo al ama de cría, cederlo a otras familias de adopción o mantenerlo en el hogar en una situación de grave abandono afectivo”²⁸. Prevalece en esos siglos el abandono y el infanticidio sin ninguna o nula consecuencia jurídica, social o religiosa.

Llega la época de la ambivalencia en los siglos XIV-XVII, cuando se reconoce y nace la idea del afecto paterno –filial, con la tarea de educar o preparar al niño en un ambiente rígido-violento, “este tipo de relación se caracteriza por una enorme ambivalencia, ya que por un lado existía un lazo afectivo hacia el niño, pero el uso de instrumentos rígidos para educarlo lo privan de su libertad”²⁹.

En el siglo XVIII, surge la intrusión, donde los padres dominan no sólo el cuerpo del niño sino la mente a fin de controlar su interioridad y su conducta. Eran objeto de

²⁷ García de Ghiglino, Silvia S. y Acquaviva, María Alejandra, *Protección contra la violencia familiar*, Argentina, Ed. Hammulabi, 2010, p. 297.

²⁸ *Ibíd.*, p. 298.

²⁹ *Ibíd.*

castigos corporales como azotes, encierros, maltratos con la finalidad de hacerlos obedecer con prontitud³⁰.

En el siglo XIX y mediados de siglo XX, nace el periodo de la socialización, donde la crianza de un hijo consistió en guiarlo, “el niño tenía una voluntad propia”³¹, donde comienza un interés real por el niño como persona, por educarlo y hacerlo participe de su propia existencia. Ya a mediados del siglo XX, se desarrolla el método de ayuda con base en la idealización del niño, de su existencia, pertenencia y derechos propios, que salvaguardaban su situación de minoría.

Con este breve recorrido histórico de la afectación e invisibilidad del niño, damos cuenta de que apenas en el siglo XIX y mediados de siglo XX, se fué dando la construcción jurídica en favor del infante como una categoría distinta del de los adultos, incluso distinguiendo muy recientemente la figura de niña, niño y adolescente³², distinguiendo una diferenciación entre protección social y protección jurídica. Mónica González Contró, al desarrollar el concepto de niño, en un trabajo como concepto construido social e históricamente, expone que:

Una de las obras más innovadoras en el campo de la educación infantil es *De Civilitate morum puerilium*, de Erasmo de Rotterdam (1467 – 1536), en la que se dirige a todos los niños, sin distinción de clases, para darles una serie de observaciones y consejos basados en los autores clásicos – Aristóteles, Cicerón, Quintiliano – y una abundante literatura medieval sobre el tema con el objetivo de aportar un código de comportamiento para la vida en sociedad (es decir, frente al otro). Parte de la idea de que el niño es sencillo e inocente y es la sociedad a que lo pervierte a lo largo de su

³⁰ Ibídem.

³¹ Ibídem, p. 299.

³² Ver Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Diario Oficial de la Federación, publicado el día 3 de diciembre de 2014.

desarrollo, habla de la importancia de la lactancia materna e insiste en que sean las propias madres quienes críen a sus hijos³³.

Se aprecia así, que la educación y protección del niño era una preocupación ya de algunos, que consideraban al niño como un ser indefenso que debía ser apoyado. Continúa afirmando Mónica González que, “... las recomendaciones de los moralistas tardaron en llevarse a la práctica, a los niños continuaba considerándoseles inocentes y asexuados hasta la pubertad, que participaban en las actividades de los mayores”³⁴, es decir, no obstante algunas voces de protección de los niños, el ambiente imperante era de excluirlos de protección o cuidados, salvo las concesiones de que fueran objeto por sus padres o custodios.

Cabe apuntar, para la construcción jurídica del infante, como categoría diferenciada del adulto, la importancia de distinguir las diferentes edades por las que transita un niño desde el nacimiento, primera infancia, preescolar, escolar, pubertad y adolescencia, así como la diferencia entre niño, niña y adolescente, para en su caso atribuir el cúmulo de necesidades y de derechos que este requiere al caso de protección.

1.3.- El concepto de niño, niña y adolescente

La cualidad de niño, se encuentra escasamente documentado y sobretudo como un concepto reciente y jurídico, así lo sostiene la doctrina. María Dolores Muñozcano Skidmore afirman que:

El concepto menor ha sido retomado de la terminología jurídica, y adoptado indiscriminadamente durante mucho tiempo para referirse a las personas que se encontraban por debajo de los 18 años, los que no han alcanzado la mayoría de edad y se encuentran bajo la tutela de sus

³³ González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 32.

³⁴ *Ibíd.*, p. 33.

padres o tutores. A pesar de ser una categoría jurídica, este concepto ha sido utilizado en todas las áreas que se enfocaban o referían a niñas y niños, conceptualizándoles como menores³⁵.

Ahora bien, el niño no siempre gozó de reconocimiento a su estatus, donde se le tratara bajo un esquema de cuidado, apoyo, orientación, corrección o enseñanza, tal y como lo afirma Silvia S. García de Ghiglino y María Alejandra Acquaviva:

El descubrimiento del niño. El surgimiento de los Estados modernos y el derrumbamiento del régimen feudal trajeron aparejadas nuevas formas de relacionarse y de entender a la familia como ámbito privado. La burguesía marca el nacimiento de una nueva clase social cuya preocupación central es la educación de sus hijos. Esto se irá consolidando en los siglos posteriores. Las relaciones humanas tomaron otro cariz. La distribución del espacio dentro de las casas tendrá valor en relación a las [sic] roles que allí se establecen y señalará la separación mundo niño – mundo adulto. Este cambio lento y progresivo en el mundo europeo se acrecentará con el Iluminismo del siglo XVIII y su afán educativo y pedagógico³⁶.

En relación a los derechos de los niños, también resurge un descubrimiento de la niñez y de la adolescencia como etapas específicas de la existencia humana, que merecen una especial atención, tanto en sus derechos como en su dignidad e integridad personal, como así lo expone Isabel Fanlo, al discurrir sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes³⁷.

Para Trinidad Núñez Pilar, el niño es aquel que aún no ha alcanzado la mayoría de edad:

³⁵ Muñozcano, Skidmore, *Marco teórico conceptual sobre menores vs niñas, niños y adolescentes*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, publicación electrónica, número 5, 2011, véase <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/8>. Pdf, p. 52. Fecha de consulta: 27 de marzo de 2015.

³⁶ García de Ghiglino, Silvia S. y Acquaviva, María Alejandra, *Protección contra la violencia familiar*, Argentina, Ed. Hammulabi, 2010, p. 290.

³⁷ Fanlo, Isabel, *Derechos de los Niños. Una Contribución teórica*, México, Ed. Fontamara, 2008, p. 8.

Se puede decir que la niñez es un estado temporal del ser humano. Este comienza siendo niño que es como decir que la condición de niño se adquiere a la par que la de ser humano en que este deja de ser niño. Existen por tanto dos momentos que serán objeto de examen de forma separada e individualizada: el inicio, en el que se adquiere la condición de niño, y el momento final, a partir de la cual el niño deja de serlo para pasar a ser considerado adulto a efectos normativos, instante que dejan de aplicársele las normas que le protegen y le otorgan derechos específicos³⁸.

En un giro a la definición o conceptualización del niño, Edgar Baqueiro Rojas, sostiene que el menor de edad es “el sujeto varón o mujer que no ha llegado a los 18 años de edad. El menor está sujeto a la patria potestad o a la tutela de menores, lo que implica una incapacidad para la realización de actos jurídicos por sí mismo sin la asistencia de su representante”³⁹.

Ahora bien, la niña, niño y adolescente son personas jurídicas de acuerdo a la doctrina del derecho civil, que indica que persona es todo aquel titular de derechos y objeto de obligaciones; luego entonces, ellos son personas jurídicas que están sujetos a derechos y obligaciones. Jorge Alfredo Domínguez Martínez, opina del concepto jurídico de persona que, “Jurídicamente, persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones”⁴⁰. De este modo, “En el derecho civil la capacidad se define como la aptitud de una persona para ser titular de derechos y contraer obligaciones – capacidad de goce-, o la aptitud para poner en práctica esos derechos y obligaciones –capacidad de ejercicio-. La regla general es que toda persona tiene capacidad de goce, salvo que la ley o el juez declaren expresamente cierta incapacidad para realizar determinados actos jurídicos”⁴¹.

³⁸ Núñez Pilar, Trinidad, ¿Que es un niño? Una visión desde el derecho internacional público, Revista Española de Educación comparada, número 9, 2003.

³⁹ Baqueiro Rojas, Edgar, Diccionario Jurídico Harla, Derecho Civil, México, Ed. Harla, 1995.

⁴⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil, parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, México, Ed. Porrúa, 1990, p.131.

⁴¹ Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Ed. Oxford, 2008, p. 109.

Por otra parte, existe una tendencia internacional de fijar los “18 años como la edad para alcanzar la mayoría de edad, y por tanto para establecer el universo de las personas protegidas por las nuevas legislaciones. Las nuevas legislaciones tienen la tendencia a establecer la edad de doce o trece años para fijar el inicio de la adolescencia, antes de esta edad son considerados niños y niñas, extendiéndose el uso (sic) estas categorías para reemplazar los conceptos de púberes e impúberes”⁴².

Para Joel Francisco Jiménez García, es adecuado hablar de derecho del menor, que abarca un conjunto de normas jurídicas (con la característica de ser bilaterales, exteriores, heterónomas y coercibles) aplicables a las personas menores de edad o también llamados niños y niñas menores de dieciocho años de edad⁴³. También expone Jiménez García, el concepto de derecho del menor elaborado por Rafael Sajón, quien expresa: “Es una rama del derecho que regula la protección integral del menor, para favorecer en la medida de lo posible el mejor desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores y más favorables condiciones, físicas, intelectuales y morales, a la vida normal”⁴⁴.

Es oportuno decir, que las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derecho, mas no objetos de protección, como en el siglo pasado y a principios de éste se llegó a pensar, donde podían ser reprimidos, corregidos y sancionados, por los adultos y el Estado. La idea de la protección especial, permitía que el Estado tomara las medidas que considerara necesarias para ejecutarlas sin considerar ningún límite en particular⁴⁵. Sigue apuntando Farith Simon, que el derecho más importante de las niñas, niños y

⁴² Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 99.

⁴³ Jiménez García, Joel Francisco, *El derecho del menor*, UNAM - Instituto de investigaciones Jurídicas, México, 2012, p.2.

⁴⁴ *Ibíd*em, p. 2.

⁴⁵ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 167 – 168.

adolescentes es la posibilidad de intervención del Estado en sus vidas y familia, reconociendo sus garantías mínimas para el bienestar y debido cuidado del infante⁴⁶.

Por lo que el concepto de niño o niñez, principalmente se va a construir del contexto normativo y social prevaleciente que venga a salvaguardar, identificar y hacer visible a la figura del infante o niño como tal, merecedor de todo tipo de respeto y cuidados⁴⁷.

1.4.- Las diferencia entre niño, niña y adolescente

Es importante establecer que no todas las personas somos iguales, tenemos diferencias físicas, corporales, emocionales, culturales, económicas, entre otras. Por ende, el niño, la niña y adolescente son también diferentes en su género en relación con la misma sociedad. Asimismo, los niños, niñas y adolescentes son diferentes entre sí, los cuales merecen una protección especial, dada su cualidad de dependencia y formación para su próxima vida de adultez.

En el presente, en general, se reconocen estos diferentes estadios de minoría y además, concede un tratamiento diferenciado en su proceso de crecimiento, educación, cultura, deporte, incorporación a la vida productiva, entre otros. Cabe apuntar, que no siempre el niño, niña o adolescente gozaron de reconocimiento a su estatus como tal, en donde se le tratara bajo un esquema de cuidado, apoyo, orientación, corrección o enseñanza.

Dado que en la historia abundan temas donde el tratamiento a los niños o niñas era absurdo o desproporcionado, forzándolos a trabajos o actividades que ponían en riesgo su salud física o emocional, su moralidad entre otras, así como la falta de reconocimiento de sus derechos dentro del seno de la familia que los exponía o más

⁴⁶ Ibídem.

⁴⁷ Nota: De tales afirmaciones podemos admitir que la regulación del niño, inicia prácticamente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, de las Naciones Unidas), así como con la Declaración de los Derechos del Niño (Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en su resolución 1386 (XIV).

aún les causaban daños irreversibles. Comienza en el devenir de la historia un reconocimiento a la cualidad especial del niño o niña en toda su magnitud, distinguiéndolos como seres humanos, que necesitan cuidados, apoyos, cariño, educación y guiados durante su minoría de edad, en aras de hacerlos mejores hombres o mujeres en su vida adulta, además de reconocerlos como sujetos de derecho y no solo sujetos a protección, tal y como se desprende del contenido de la Declaración de los derechos del Niño: "... Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento"⁴⁸.

También, resurge un descubrimiento de la idea de la niñez y de la adolescencia, como etapas específicas de la existencia humana, que merecen una especial atención, tanto en sus derechos como en su dignidad e integridad personal, tal y como expone Isabel Fanolo, al discurrir sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes⁴⁹. Por lo que debemos entender como conquista de derechos en favor de los menores, su reconocimiento en si como sujetos, así como de sus derechos humanos que por razones de tipo normativo, sociológico y tal vez cultural, no tenía en el pasado.

De este modo, se desprende que si bien es cierto, la infancia no es considerada como una minoría desde el punto de vista normativo, es un estado de minoría referente a su estatus de persona, pues es un ser humano que aún no ha desarrollado sus cualidades y habilidades necesarias para asistirse a sí mismo, esto es, que aún no está en condiciones físicas, psicológicas, ni materiales para gobernarse a sí mismo y representar a lo que sus intereses convenga; queda sujeto a la formación de sus progenitores, la idiosincrasia, cultura, lenguaje, economía, educación formal, etc., que estos le procedan mediante su educación y tratamiento de tipo familiar.

⁴⁸ Declaración de los derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1959.

⁴⁹ Fanolo, Isabel, *Derechos de los Niños. Una Contribución teórica*, México, Ed. Fontamara, 2008, p. 8.

El concepto de minoría para los efectos del menor, no tiene un concepto normativo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni referencia alguna de tipo conceptual en las leyes generales u ordinarias, es solo un concepto lingüístico que se acepta tal cual, de manera analítica, tal y como se desprende del artículo cuarto constitucional:

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.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁵⁰, a decir del niño o niña, establece: “(De la voz infantil *ninno*). 1. adj. Que está en la niñez. U. t. c. s. 2. adj. Que tiene pocos años. U. t. c. s. 3. adj. Que tiene poca experiencia. U. t. c. s. 4. adj. despect. Que obra con poca reflexión y advertencia. U. t. c. s.”⁵¹. En la Biblioteca jurídica virtual de la UNAM, encontramos las siguientes definiciones de niñez: “La edad de los niños hasta los 7 años” y adolescencia: “La edad que corre desde los catorce años cumplidos en los varones y doce en las hembras hasta los veinte y cinco”⁵².

Para la ciencia médica niño es un ser humano, cuya etapa va desde el momento de nacer hasta la etapa de la pubertad⁵³. Asimismo, la adolescencia es un periodo de crecimiento entre la niñez y la edad adulta. Para la Organización Mundial de la Salud,

⁵⁰ <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae> (Consultado el día 22 de octubre de 2014).

⁵¹ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, edición 23ª. Octubre de 2014.

⁵² <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/364/29.pdf>, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/364/6.pdf> (consulta del día 28 de noviembre de 2014).

⁵³ <http://www.diccionariomedico.net/diccionario-terminos/5342-nino> (consultado el día 28 de noviembre del 2014).

la adolescencia, “es un grupo poblacional que se encuentra entre los 10 y 19 años”⁵⁴. La adolescencia es considerada la etapa de transición entre la niñez caracterizada por la dependencia del hogar y la familia y la independencia y autonomía de la vida adulta⁵⁵.

Para Mónica González Contró el adolescente fue el gran ignorado de las sociedades tradicionales y, es “... un tiempo de transición entre la infancia y la edad adulta, un periodo de incertidumbre y riesgo, relacionada con la maduración sexual”⁵⁶. Esto es, que la adolescencia es una etapa especial, que no cabe ni en la infancia ni en la etapa adulta, por lo que resulta ser una transición de dependencia a libertad o toma de sus propias decisiones que con ello conlleva.

En opinión de Edgar Baqueiro Rojas, menor de edad, “es el sujeto varón o mujer que no ha llegado a los 18 años de edad. El menor está sujeto a la patria potestad o a la tutela de menores, lo que implica una incapacidad para la realización de actos jurídicos por sí mismo sin la asistencia de su representante”⁵⁷. Para la Convención sobre los Derechos del niño, este se define en su artículo primero como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁵⁸. Por eso Mónica González Contró afirma “Me parece que ha quedado manifiesta la dificultad de determinar una edad precisa que sea aplicable a todas las culturas, de tal manera que la mejor solución parece el consenso social, que es la solución que adopta la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Nino”⁵⁹.

⁵⁴ Programa Nacional de Atención Integral de la Salud de Adolescentes MSPAS, p. 12.

⁵⁵ Figueroa Erazo, Deysi Miriam, *Psicología de la Adolescencia. Desarrollo del Programa Oficial de 2do año de Bachillerato I*, México, Ed. Figueroa, 1999, p. 18.

⁵⁶ González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 54 y 55.

⁵⁷ Baqueiro Rojas, Edgar, *Diccionario Jurídico Harla, Derecho Civil*, México, Ed. Harla, 1995.

⁵⁸ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 133.

⁵⁹ González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 156.

Ahora bien, debemos considerar que la niña, niño y adolescente son personas jurídicas de acuerdo a la doctrina del derecho civil, que indica que persona es todo aquel titular de derechos y objeto de obligaciones; luego entonces, ellos son personas jurídicas que están sujetos a derechos y obligaciones. El autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, opina del concepto jurídico de persona como, “Jurídicamente, persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones”⁶⁰. De este modo, se entiende por capacidad jurídica “En el derecho civil la capacidad se define como la aptitud de una persona para ser titular de derechos y contraer obligaciones – capacidad de goce-, o la aptitud para poner en practica esos derechos y obligaciones –capacidad de ejercicio-. La regla general es que toda persona tiene capacidad de goce, salvo que la ley o el juez declaren expresamente cierta incapacidad para realizar determinados actos jurídicos”⁶¹.

De este modo, las niñas, niños y adolescentes son personas físicas y personas jurídicas que tienen reconocidos y garantizados sus derechos conforme a la ley, además de sujetos a obligaciones de acuerdo a su minoría de edad. Por ende, los menores constituyen sujetos de derecho y no objetos de protección, quienes incluso desde su concepción, quedan protegidos legalmente a su constitución e integridad, así como la adquisición y conservación de su patrimonio que puede adquirir conforme a las condiciones legales respectivas como lo son recibir herencia, donación o legado siempre y cuando se cumpla con la condición resolutoria de que nazca viable.

A partir de la Primera y Segunda guerras mundiales, se visualizó la situación del niño y de la necesidad de protegerlos, “fueron las guerras mundiales, en especial la segunda, las que modificaron profundamente la actitud en torno a la protección de menores en las sociedades occidentales”⁶².

⁶⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil, parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, México, Ed. Porrúa, 1990, p.131.

⁶¹ Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Ed. Oxford, 2008, p. 109.

⁶² <http://es.slideshare.net/saamm/john-bowlby-1-14113249>, 1951 – Maternal care and mental health, New York: OMS, p. 18 (Consultado el día 17 de mayo de 2015).

Durante los periodos de las guerras mundiales, numerosos niños quedaron sin hogar, lo que multiplicó la creación de orfanatos bajo el paradigma “hospitalario”, en los que se advertían las negativas consecuencias que sobre el niño recaía al no tener cuidados de familia. Fueron los estudios de Rene Spitz en 1945, que expuso sobre el “hospitalismo”, en el cual, pudo observar que los lactantes bien alimentados pero carentes de afecto reportaban estados de depresión, seguidos de un retraso muy significativo de la coordinación motora y en estancamiento en su desarrollo evolutivo⁶³.

Otro estudio expuesto sobre el tema, fue el del psicólogo John Bowlby, en un estudio encargado por la Organización Mundial de la Salud, en 1951, destacó las desastrosas consecuencias de la privación del niño sobre su entorno familiar, que inclusive, las afectaciones se prolongarían sobre toda la vida del menor⁶⁴.

A partir de estos estudios, nace la teoría del apego, que significa que para su adecuado desarrollo los niños tienen una necesidad básica biológicamente determinada y especialmente activa durante los tres primeros años de vida, en la cual, deben mantener una relación estable con un adulto que les proporcione contacto, seguridad y afecto; “necesidad que es relativamente independiente y se encuentra al nivel de las necesidades de subsistencia, por lo que, el cuidado afectivo estable tiene una gran importancia en el desarrollo infantil”⁶⁵. Por lo que es evidente la diferencia que se da entre los niños y los adultos, dada su propia naturaleza humana de aquellos, donde además, la familia juega un papel imprescindible al respecto de los mismos.

Por lo que, la familia sea considerada como la célula básica de la sociedad y, por ende, la misma –la familia- como un derecho de todo niño, que –conforme a la teoría del

⁶³ Ibídem p. 19.

⁶⁴ Ibídem p. 57.

⁶⁵ Adroher Biosca, Salomé, Gómez Bengoechea, Blanca y Berastegui Pedro-Viejo, Ana. Dykinson, España, Revista: Se busca familia para un niño. Perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad 2015. p. 20.

apego- le permitirá vincularse a un adulto que como función le deberá proteger, conforme a la teoría del apego, como necesidad primaria y básica en su desarrollo, hasta el punto de llegar a considerar que “el apego es lo que convierte a un niño en un ser humano y le prepara para tener un lugar en el mundo, entre el resto de los humanos”⁶⁶. El niño tiene derecho a tener y vivir en una familia que lo provea de cuidados, seguridad y afectos, siendo la legislación la que establece el vínculo filial que se da entre los padres –progenitores- y los hijos descendientes, quienes tienen derechos para que se desarrollen plenamente.

Para Jakeline Duarte Duarte, los niños, deben ser vistos como sujetos biológicos y emocionalmente diversos, uno de los otros y de niños respecto de niñas, además de las diversas situaciones sociales que se pueden dar al respecto, como niñez abandonada, niñez en riesgo, niñez vulnerable, niñez de la calle, entre otras clasificaciones que pueden ponderar las diversas situaciones en las que un niño puede estar expuesto⁶⁷. De ahí que la regulación de los niños es un tema complicado a la luz de los derechos y entorno en que estos se encuentren.

Por último, en este punto, es oportuno apuntar la clasificación que para efectos de capacidad e incapacidad realiza Alba Paños Pérez, quien afirma: “... en orden a fijar la capacidad de los menores, sería conveniente diferenciar distintas franjas de edad. Así, distinguiríamos entre tres periodos, el de la infancia, hasta los siete años aproximadamente, en el que los menores serían totalmente incapaces, los menores de edad mayores de siete años, cuya capacidad sería determinada por el Juez, valorando cada caso en función de la edad y el desarrollo intelectual y, en tercer lugar, la franja que comprende desde los doce años aproximadamente hasta el cumplimiento de la

⁶⁶Ibídem, p.21.

⁶⁷ Duarte Duarte, Jakeline, Infancia contemporánea, medios y autoridad. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2013. P. 461.

mayoría de edad”⁶⁸. Esto es, a la luz de los derechos del niño y, para una mejor clasificación, siguiendo a Alba Paños Pérez, se puede caracterizar como:

- Infancia: Los niños recién nacidos hasta la edad de siete años, como menores incapaces que se merecen un cuidado total y absoluto por parte de sus padres y en su caso por el Estado. En esta posición hay que recordar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establece una preferencia o prevalencia de los niños menores a siete años al cuidado de la madre por ser la más apta biológica y emocionalmente para su cuidado⁶⁹.
- Los menores de edad, mayores de siete años: cuya capacidad sería determinada por el Juez, en un determinado conflicto sobre sus derechos y en su caso, obligaciones, de acuerdo a su capacidad – disminuida naturalmente- para discernir.
- Los niños doce años aproximadamente hasta el cumplimiento de la mayoría de edad: a quienes ya se les puede tomar su opinión o comprensión de actos y hechos que pesen sobre su esfera jurídica, tales como el sentir o consideración respecto de su padre o madre que los abandona o no los atiende de acuerdo a su cúmulo de necesidades⁷⁰.

La distinción expuesta es útil, inclusive, para separar el estatus del niño de adolescente, que en determinado caso, -el niño- queda expuesto por el hecho del abandono y que la necesidad de cuidado, atención y protección es distinto al del adolescente. Ahora bien,

⁶⁸ Paños Pérez, Alba, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, España, Ed. Atelier, 2010, p. 69-70.

⁶⁹ MENORES DE SIETE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Época: Décima Época, Registro: 160535, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C. J/68 (9a.), Página: 3624.

⁷⁰ Paños Pérez, Alba, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, España, Ed. Atelier, 2010, p. 69-70.

hay que considerar que la distinción entre niña, niño y adolescente no es de tipo normativo sino psicológico, biológico y cultural, como así lo apuntan Martha Elba Izquierdo Muciño y Adriana Jaimes Fonseca:⁷¹.

El derecho no ha considerado el criterio de desarrollo psicológico como único fundamento para crear un concepto jurídico de niña o niño, aunque sin duda sus elementos son clave para la aplicación de ciertos aspectos relacionados con la infancia. El derecho toma en consideración aspectos psicológicos, pero también biológicos, para construir los conceptos de niña y niño. En el caso de México, como se analizará a profundidad más adelante, suelen utilizarse los términos niña o niño, adolescente⁷².

1.5.- Los derechos humanos del niño

Siguiendo las ideas de Luigi Ferrajoli respecto de los derechos fundamentales, los define como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”⁷³. Esto es, derechos inherentes al ser humano como tal, que les da diversas categorías como personas –humanos-, como ciudadanos o sujetos con libertad de obrar, dentro de los márgenes de la legalidad.

Para Gregorio Peces-Barba los derechos humanos son, “la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el

⁷¹ Cfr. Izquierdo Muciño, Martha Elba y Jaimes Fonseca, Adriana, en su publicación “Los niños y niñas. Un grupo vulnerable en México <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2014.1790>, Revista sobre la Infancia y la Adolescencia, 6, 1-21, marzo 2014 (Consultado el día 22 de marzo de 2016).

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, España, Ed. Trotta, 2010, traducción al castellano por Perfecto Andrés Ibáñez, p. 37.

respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y como posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción”⁷⁴.

Solo como referencia de Leopoldo Burruel Huerta, los derechos humanos son condiciones elementales de sobrevivencia y como condición de acceso a la igualdad⁷⁵. El derecho humano es total y absolutamente individual, en favor de la integridad y dignidad del ser humano. Miguel Carbonell afirma que los derechos humanos se han convertido en un referente inexcusable de la modernidad, como un signo distintivo de evolución del género humano, hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar⁷⁶.

Conforme a las reformas constitucionales de junio de 2011⁷⁷, se incorporó en el sistema constitucional mexicano el respeto, reconocimiento y progresividad de los derechos humanos; reza el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales”⁷⁸. Por lo que los derechos humanos son el espacio consustancial de la persona en su integridad y dignidad que lo posiciona en mejor lugar frente al poder del Estado, siendo su derecho anterior y *per se* al mismo, como así lo afirman Abascal C., Salvador y muchos otros teóricos al explicar la superada división o clase de generación de derechos, en primera, segunda y tercera generación⁷⁹.

Respecto de los derechos humanos del niño, habrá que considerar los principios constitucionales que derivan del artículo cuarto constitucional, y que en el capítulo de

⁷⁴ Peces-Barba, Gregorio, *Derechos Fundamentales, Teoría General*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1973, p. 220.

⁷⁵ Burruel Huerta, Leopoldo, *Principios Constitucionales, desde la Constitución Mexicana hasta la Corte*, México, Ed. Porrúa, 2013, p. 31.

⁷⁶ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 11.

⁷⁷ Publicación en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 10 de junio de 2011.

⁷⁸ Burruel Huerta, Leopoldo, *Principios Constitucionales, desde la Constitución Mexicana hasta la Corte*, México, Ed. Porrúa, 2013, p. 31-32.

⁷⁹ Abascal C. Salvador y otros, *Los Derechos Humanos al alcance de todos*, México, Ed. Diana, 2000, p. 19.

la fundamentación normativa habremos de ampliar. Resta comentar que se establece como principio en favor de la niñez, el principio del interés superior, aunque no el único, en este sentido afirma Leopoldo Burruel Huerta:

Como hemos sostenido para hacer prevalecer la igualdad de los seres humanos, tiene que existir una sobreprotección para los vulnerables. En este caso se trata de los niños. Sin una protección verdadera y eficiente no existiría igualdad en dignidad y derechos. El niño no puede proveerse por sí mismo de lo más elemental, y por ello es sumamente vulnerable⁸⁰.

Este cúmulo de derechos humanos del niño se traducen en un bienestar general de derecho intrínseco a la vida, a la supervivencia y desarrollo: a ser inscrito en un registro inmediatamente su nacimiento; a tener nombre y nacionalidad; a conocer a sus padres; a ser cuidado por ellos; a preservar su identidad; a no ser separado de sus padres contra su voluntad; a la libertad de tránsito especialmente para la reunión familiar; a ser protegido de los traslados ilícitos de niños; a formarse un juicio propio; a expresar su opinión libremente; a ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que le afecte; a la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas de todo tipo sin consideración de fronteras; a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas; a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación; libertad de acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales; al disfrute del más alto nivel posible de salud incluida la atención sanitaria prenatal y post –nata apropiada a la madres; a beneficiarse de la seguridad social; a la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños; a ser protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual; y a estar

⁸⁰ Burruel Huerta, Leopoldo, *Principios Constitucionales, desde la Constitución Mexicana hasta la Corte*, México, Ed. Porrúa, 2013, p. 62.

protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social⁸¹.

Se encuentra así, que los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes establecen un estatus jurídico de especial cuidado, dada su incapacidad de defenderse por sí mismo ante la vida misma y protección de su dignidad como ser humano. Derechos humanos que se derivan de las normas jurídicas que en el capítulo de fundamentación normativa habremos de abordar, tomando en cuenta que los niños, en general son protegidos por normas, instituciones, políticas y prácticas sociales atinentes.

Al respecto, en la doctrina se han desarrollado las teorías que orientan a la situación especial del niño, donde es considerado como objeto de protección hasta considerarlo un sujeto con plenos derechos. En los siguientes dos sub capítulos habremos de hacer tal recorrido doctrinal. Es oportuno incorporar también en este apartado de los derechos humanos del niño, lo expuesto por el auto Manuel F. Chávez Asencio, en relación a los derechos humanos y la familia, en su ponencia intitulada “La familia y los derechos humanos” quien expuso:

Existe una convicción básica y transcultural que el hombre es un ser de origen y destino distinto y peculiar en el universo, y que su dignidad interior es única frente a los demás elementos del cosmos. El hombre por su interioridad supera todas las cosas del universo. La persona humana tiene derechos porque es digna, y es digna porque conjuga lo corporal y lo espiritual. Tiene inteligencia, voluntad, es libre y se conoce a sí misma como “una sustancia individual de la naturaleza racional”, según afirmó Severino Boecio desde el siglo V. La humanidad es una sola. La expresión escrita de los derechos humanos es muy posterior al surgimiento de su conciencia. Tiene

⁸¹ Ibídem, p. 63.

origen común. El hombre no es un ser aislado, vive y se desarrolla en sociedad y está invitado a la comunión. La familia y el matrimonio son formas precisas de esta comunión. La libertad, la justicia y la paz en el mundo están fundadas en el respeto de la dignidad humana y de sus derechos. De lo contrario, habrá discordias por motivos de – violación al derecho a la vida, - violación a los derechos de libertad, igualdad y seguridad, - injusta distribución de bienes materiales, - imposición de regímenes políticos. La aceptación e incorporación a la norma jurídica de los derechos fundamentales del hombre la encontramos en la constitución de cada país, en las distintas declaraciones y convenciones que han sido ratificadas⁸².

En efecto, la familia se materializa consustancialmente como un derecho humano, es el seno donde el ser humano como individuo se identifica, crece y se desarrolla, por ende el niño - familia, que es el objeto de estudio de esta investigación.

1.6.- Doctrinas sobre la concepción jurídica del niño

Conforme a los recientes estudios doctrinales, se han desarrollados tres corrientes doctrinales jurídicas que tienen como objeto de estudio y regulación del niño. Una llamada de la situación irregular o tutelar, que considera al niño como un objeto de protección, donde sin más, el Estado se reserva amplias facultades de intervencionismo. La otra teoría llamada de la protección integral, que caracteriza los derechos de la niñez como una gama amplia de normas y facultades en favor del niño, quien ya es considerado como sujeto de derechos, con protección prevalente a la de los adultos. La tercera corriente doctrinal denominada de la autonomía de la voluntad, donde se postula con meridiana claridad, las amplias facultades jurídicas de un niño en relación a sus padres, custodios, familia, sociedad y el Estado, en el ejercicio de sus

⁸² Chávez Asencio, Manuel F., *La familia y los derechos humanos*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr10.pdf> (Consultado el día 22 de octubre de 2015).

facultades y atribuciones, pero con restricciones de orden público y prohibiciones legales en aras de la protección del niño.

Es necesario asentar que la mayoría de los países del mundo, hoy en día, amparan sus normas jurídicas y políticas de Estado en aras de la protección integral de la infancia; lo que se aprecia sucedió de manera escalonada a partir de la suscripción de la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás normas internacionales que en su oportunidad se analizarán en esta investigación: Tal es el caso de México que en 1990 ratifica la Convención Sobre los Derechos del Niño⁸³, lo que obligó al Estado a adoptar y proteger los derechos básicos de los niños en el territorio nacional, así como la reforma del 2000⁸⁴, al Cuarto Constitucional donde se incorpora el reconocimiento de los niños y niñas como titulares de derechos a nivel constitucional. Así como la reforma del día 12 de octubre de 2011⁸⁵, donde se consagra el irrestricto derecho de los niños a ser atendidos en todo momento, respecto de su interés superior de la niñez.

1.6.1.- La doctrina tutelar o de la situación irregular

Esta doctrina nació y dio respuestas a los problemas que se plantearon respecto de los niños y adolescentes abandonados bajo graves condiciones sociales y de delincuencia; su referente más inmediato esta en los países latinoamericanos a principios del siglo XX, no así en Europa ni en Estados Unidos⁸⁶, no obstante que el primer antecedente de protección asistencial fue la Declaración de Ginebra de 1924⁸⁷, que se refirió a niños abandonados y expuestos por las dos guerras mundiales⁸⁸.

⁸³ Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1989; vigente en México a partir del 21 de octubre de 1990.

⁸⁴ Diario Oficial de la Federación, publicado el día 7 de abril de 2000.

⁸⁵ Diario Oficial de la Federación, publicado el día 12 de octubre de 2011.

⁸⁶ Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el Sistema Interamericano*, Argentina, Ed. Del Puerto, 2004, p.31.

⁸⁷ Jiménez García, Joel Francisco, *Derechos de los niños*, México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2000, p. 10.

⁸⁸ <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2014.1790>, (Consultado el día 22 de marzo de 2016).

En opinión de Mary Beloff, los primeros indicios de la doctrina irregular se pueden descubrir de las primeras legislaciones específicas sobre menores de edad como lo fue la Ley Agote, de Argentina de 1919, que trataba sobre menores de edad involucrados o acusados de delitos que eran tratados igual que los adultos⁸⁹. Nacen las ideas de salvar o proteger a los niños contra las injerencias de los adultos y de la sociedad, procurando un trato desigual y diferenciado de los adultos, como afirma Farith Simon, que aparecieron las nuevas legislaciones impulsadas por grupos denominados salvadores de los niños⁹⁰. En el mismo sentido Laura Safer Espinoza expone que:

... los menores no tenían capacidad legal plena, el Estado tenía el poder y la posibilidad inherentes para otorgar protección a cuyos quienes (sic) padres naturales no les proporcionaban la supervisión o los cuidados adecuados. Un elemento clave era la atención centrada en el bienestar del menor, se consideraba que el adolescente infractor necesitaba la intervención benevolente del juzgado⁹¹.

Empieza a nacer entonces el modelo tutelar en favor de los niños involucrados en actos delictivos, quienes no eran plenamente conscientes de su actuación como los adultos. De lo que resulta la idea del menor como objeto de protección con las facultades inherentes de intervencionismo por parte del Estado, en su persona y bienes sin ninguna garantía más que la de corrección o protección. Siguiendo a Farith Simon, esta doctrina tiene los siguientes rasgos:

1.- Consideración de las niñas y niños exclusivamente como objetos de protección;

⁸⁹ Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el Sistema Interamericano*, Argentina, Ed. Del Puerto, 2004, p.31.

⁹⁰ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 166.

⁹¹ Safer Espinoza, Laura, *Reflexiones sobre la Justicia de Menores, publicado en las memorias del Diplomado "Estado de Derecho y Reformas a la Justicia"*, Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 249.

2.- Establecimiento de una legislación exclusiva para un sector de la infancia y adolescencia, en la que se encuentran confundidos los que han sido víctimas de violaciones a sus derechos con los que han infringido o se les acusa por violaciones a la ley penal;

3.- Una institución tutelar en la que sobresale el papel de los tribunales de menores; y,

4.- La existencia de medidas de protección que privilegian el internamiento institucional (sigue insistiendo el referido autor: una especie de privación de la libertad)⁹².

Esta teoría parte de la afirmación de que los niños eran sólo objetos de protección y no sujetos de derechos como lo eran los adultos. Cabe apuntar que el sistema tutelar o de menores infractores fue justificada con esta doctrina, inclusive en México⁹³, se basó por muchos años en esta doctrina, la que fue superada por las reformas al artículo 18 constitucional con la incorporación del sistema de justicia para adolescentes y solo de asistencia social para menores de 12 años⁹⁴.

1.6.1.1.- Niños objetos de protección

La teoría que ubica a los niños como objetos de protección tiene o tuvo su base en la consideración de que los niños y adolescentes eran exclusivamente “objetos de protección, control y represión por parte de los adultos y los órganos de Estado”⁹⁵.

⁹² Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 167.

⁹³ Según se lee de las disposiciones –ya abrogadas- del Código Penal Federal de 1931, creándose los Consejos Tutelares.

⁹⁴ Diario Oficial de la Federación del 12 de diciembre de 2005.

⁹⁵ Cillero, Miguel, *Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva*. En las memorias del seminario: En derechos universales realidades particulares. UNICEF. Citado por Simon, Farith, *Derechos de la*

Advertimos tres nuevos elementos en la teoría en estudio: protección, control y represión, dando lugar a la idea de protección especial, que permite al Estado tome las medidas necesarias y ejecutarlas sin ningún límite, más que intervencionismo en la persona, libertad y bienes del menor, bajo la idea de su bienestar y cuidado en sustitución de sus padres, pero no la garantía de sus derechos, como sería en el sistema garantista.

La lógica de este sistema tutelar, bajo el esquema de protección especial de los menores, era considerar innecesario que en los procesos judiciales y administrativos, se observaran las garantías mínimas o básicas comunes a cualquier sujeto de derechos (recordando que los menores no eran considerados sujetos sino objetos de protección): no se requería de un juez independiente del sistema administrativo, de custodia o reclusión del mismo⁹⁶; por lo que la protección, era en aras de salvaguardar al menor; el control, ejercido exclusivamente por el Estado para regular las conductas del menor, sobre todo su comportamiento en sociedad y en su caso, la represión, es decir, suprimir de manera arbitraria su comportamiento en el sentido de guarda y bienestar del mismo, pero sin ninguna garantía de sus derechos como persona.

Ya que los niños estaban considerados como “niños en situación irregular, por lo que eran considerados como objetos de compasión y de represión al mismo tiempo”⁹⁷, se justificaba la intervención estatal sin más requisitos o límites que su supuesto bien, al grado de confundir niños víctimas con niños victimarios, presa de su propia circunstancia y entorno familiar o carente de este. Veamos pues en qué términos la doctrina apunta esa confusión manifiesta.

niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 167.

⁹⁶ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 168.

⁹⁷ Maluf, Marcia, *Por su propio bien: investigación sobre las causas, formas y consecuencias del maltrato infantil*, Perú, Ed. Iberia, 2000, p. 19.

1.6.1.2.- Niños: confusión entre víctimas y victimarios

Esta doctrina confunde la situación de la víctima con la de victimarios, al afirmar que los niños son merecedores de protección y cuidado para su desarrollo pleno en el seno de la familia, empero, cuando carecen de ella o más aún, perteneciendo a una familia, que los violenta y abandona, quedan expuestos a las vicisitudes de la sociedad y la calle. Continuando con las ideas de Farith Simon, nos expone:

En la práctica se da una diferenciación al “interior de la categoría de infancia entre niños, adolescentes y menores”, los primeros son los que se encuentran bajo cuidado de su familia, tienen satisfechas sus necesidades básicas, asisten a la escuela, a ellos se les aplica las reglas contenidas en el Código Civil; los segundos, los menores, “... no ingresan al circuito de la socialización a través de la familia, primero, y de la escuela ... (238). Estos pueden ser quienes se encuentran abandonados, maltratados, hijos de familias pobres, desertores de la escuela, quienes tienen problemas con su conducta, quienes cometen delitos, o muestran algún nivel de peligrosidad⁹⁸.

Se aprecia la doble confusión, pues, los niños al ser expuestos, abandonados o violentados en sus derechos mínimos de bienestar se convierten en víctimas de su entorno, y al no ser debidamente educados y guiados pueden incurrir en conductas delictivas, en el que el Estado interviene criminalizándolos e interviniendo en sus vidas, en sustitución de sus padres pero bajo el esquema de control y represión. El problema de esta situación irregular, es la negación del debido proceso o legalidad para el menor, ya que no cuenta con voz en los actos judiciales o administrativos en los que estuviere involucrado, mucho menos el de sus padres, sino solo del Estado garante de su protección, control y en su caso represión.

⁹⁸ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 169.

1.6.1.3.- El papel de los Juzgados para menores

En esta doctrina hay que considerar también, el papel o función del juzgador, en actos penales, o más bien dicho de menores infractores, que surge como un policía de familia, con múltiples funciones y/o facetas, sin respeto del principio de división de poderes, ya que el juez tutelar era a la vez: juez/padre/defensor/acusador/decisor⁹⁹, quien resuelve en general toda la situación del menor. Posición del juez tutelar, que lo coloca en una situación de intervencionismo en perjuicio del menor, pensado hoy así por las nuevas tendencias jurídicas y políticas del menor o niño en cuanto sujeto de derechos, quien sin respeto de ninguna garantía de molestia o privación de derechos, se le aplicaba en contra de su persona, familia o bienes, cuando se le separa por orden del juez tutelar.

1.6.2.- La doctrina de la protección integral

Esta doctrina apunta hacia la construcción de una visión nueva e integral del niño o infante. Los niños y niñas, además de los adolescentes, son considerados sujetos de derechos y por tanto titulares de derechos civiles y políticos como de económicos, sociales y culturales, con las excepciones legales como ser votados o votar como derecho de ciudadanos, realizar testamento hasta antes de los 16 años, etc. y que se encuentran en capacidad de goce y de ejercicio en determinados casos.

Al empezar a reconocerse a los niños y adolescentes como sujetos de derecho y reconocerles implícitamente su categoría de ciudadanos, se reconoce también su capacidad de goce y de ejercicio tanto en derechos como en obligaciones y responsabilidades, tan abundante en la doctrina las atribuciones y facultades de estas dos capacidades. En el marco conceptual para la definición de políticas de protección

⁹⁹ Ibídem, p. 170.

especial del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, (por sus siglas en ingles), se sostiene que:

La doctrina de protección integral: es un salto cualitativo fundamental en la consideración de la infancia: es una legislación aplicable a todos los niños, niñas y adolescentes, no es excluyente; la función judicial asume la función específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica; las instituciones de mayor riesgo son atribuidas a la falta de políticas sociales básicas y no a patologías personales, por tanto, el niño, niña y adolescente deja de estar en situación irregular, pasando a hacerlo la institución y órgano que tiene bajo su competencia la protección de la niñez¹⁰⁰.

Con esta visión, se abre un parteaguas importante en la noción o paradigma de los niños, niñas y adolescentes, o más bien, de sus derechos como personas, con una situación especial dada su minoría o incapacidad temporal –en todos los aspectos: emocional, material, espiritual- de valerse por sí mismos; donde se atribuye la responsabilidad compartida del Estado, la sociedad y la misma familia para garantizar el respeto de sus derechos y atenciones de los niños.

Con la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño en 1989¹⁰¹, afirma Farith Simon que, la mayoría de los países latinoamericanos iniciaron un continuo proceso de reformas normativas en beneficio de la infancia, distinguiéndose los derechos, obligaciones y responsabilidad penal de adolescentes¹⁰². Comienzan las ideas jurídicas a considerar al niño como un ciudadano pleno de derechos, y además, como un individuo sin posibilidad de defenderse asimismo dada su edad, que debe ser

¹⁰⁰ Protección especial y derechos de niñas, niños y adolescentes. Marco conceptual para la definición de políticas de Protección Especial. UNICEF. http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Trata.pdf. (Consultado el día 29 de Julio de 2015). Nota: La doctrina de la protección integral ya no solo es aplicable a niños en conflicto con la ley penal, sino a todo niño; es decir, a todo aquella persona menor de dieciocho años, como abundaremos en el capítulo segundo de esta investigación.

¹⁰¹ Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1989; vigente en México a partir del 21 de octubre de 1990.

¹⁰² Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 173.

protegido, y que conforme a su desarrollo, demás condiciones y circunstancias pueda opinar y participar en los actos civiles, administrativos o judiciales en que intervenga su persona y patrimonio.

La doctrina de la protección integral se refiere entonces a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que vienen a colmar un vacío normativo en favor de la infancia. El primer antecedente de esta visión es la Declaración de los Derechos del Niño, que postula que los niños gozan además de los derechos humanos que corresponden a toda persona, también derechos humanos especiales.

La doctrina de acuerdo a Emilio García Méndez se integra con cuatro instrumentos básicos: La Convención sobre los Derechos del Niño, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad)¹⁰³, que regulan las diversas conductas del infante frente a la ley. Con este marco teórico y normativo se supera la doctrina de la situación irregular, con legislación y reformas conforme a la doctrina de la protección integral, promovido por la aprobación de la Convención Sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales de derechos del niño, partiendo del pleno reconocimiento de que las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derechos y no cosas u objetos de protección. Ahora siguiendo a Farith Simon, esta doctrina de protección integral, se integra por los siguientes rasgos:

1.- Consideración de los niños como sujetos plenos de derechos;

¹⁰³ García Méndez, Emilio, *Infancia y Adolescencia. De los Derechos y de la justicia*, México, Ed. Fontamara, 2007, p. 29.

2.- Reconocimiento de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes;

3.- Diferenciación entre niños, niñas y adolescentes víctimas de violaciones y adolescentes acusados de delitos; y,

4.- El establecimiento de una diferenciación entre protección social y protección jurídica¹⁰⁴.

1.6.2.1.- Niños como sujetos de protección

Como ya se ha apuntado en esta investigación, los niños, niñas y adolescentes son seres humanos que gozan y son titulares de todos los derechos humanos, además de derechos específicos, dada su edad y circunstancias particulares. La idea de protección va y debe ir en función de garantizar la totalidad de los derechos humanos, en especial, la familia como un derecho prioritario, donde el Estado no debe intervenir de manera arbitraria ni indiscriminada, sino, mediante la legalidad de sus actuaciones fundadas en derecho; intervención que debe dirigirse a garantizar los derechos y en su caso, la reparación o restitución plena de los vulnerados.

1.6.2.2.- Pleno reconocimiento de sus derechos

A diferencia de la doctrina de la situación irregular o tutelar, el Estado, la sociedad y la familia, deben de reconocer y promover por principio de cuentas y de acuerdo a la doctrina de la protección integral del niño, la igualdad jurídica de todos los niños, niñas y adolescentes; debe evitarse hacer distinguos por situaciones educativas, culturales o de circunstancias sociales graves, como niños abandonados, niños de la calle, niños solos

¹⁰⁴ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 175.

en tránsito migratorio, entre otras circunstancias para criminalizarlos o negarles el respeto a sus derechos de manera plena, por ello, nace la idea de diferenciación entre protección jurídica y protección social para garantizar su efectiva aplicación, promoción y guarda de sus derechos humanos.

1.6.2.3.- Protección jurídica y protección social del niño

Es oportuno asentar, que el pleno reconocimiento de derechos no solo apunta a la protección jurídica, sino también a la protección social, dado que hay casos o circunstancias en que el Estado y la sociedad están interesados en que prevalezcan las condiciones materiales y económicas en favor del niño, como lo es el caso de asistencia médica, becas para asistir a la escuela, entre otros. Así menciona Manuel F. Chávez Ascencio cuando menciona los derechos familiares de la persona y los derechos sociales de la familia¹⁰⁵.

¹⁰⁵**Son derechos familiares de la persona:** 1.- Derecho a contraer matrimonio, prerrogativa del hombre y la mujer a partir de la edad núbil. 2.- Derecho a la preparación para la vida conyugal y familiar, lo cual implica una educación integral que los prepare a la vida futura y para ser elementos útiles a la sociedad. 3.- Derecho a formar y ser parte de una familia; 4.- Derecho de la madre a la protección legal y a la seguridad social; 5.- Derecho a decidir sobre el número de hijos; 6.- Derecho al ejercicio de la patria potestad, ya que ésta se origina de la paternidad y de la maternidad; 7.- Derecho de nacer y a la seguridad social del concebido; 8.- Igualdad de dignidad y de derechos de los cónyuges, ya que hombre y mujer son iguales en dignidad y disfrutarán de iguales derechos conyugales. 9.- Derechos de los cónyuges e hijos a la protección legal de sus derechos en caso de divorcio o nulidad del matrimonio o en caso de abandono; 10.- Igualdad de dignidad y de derechos de los hijos, independientemente de su origen, ya que no debe haber distinción respecto a los hijos según su nacimiento, no sólo respecto a los habidos dentro de matrimonio o fuera de él, sino también con relación al estado de los padres o forma de vida de ellos. 11.- Derecho de los hijos a la educación, alimentos, buen trato y testimonio de los padres. 12.- Derecho de los menores que hayan sido dados en adopción, para que se confieran a matrimonios estables, que garanticen el pleno desarrollo del menor. 13.- Derecho de los menores a la asistencia individual del Estado. **Son derechos sociales de la familia,** de la siguiente manera: 1.- Derecho al ser y al hacer, es decir, el derecho de la familia a existir, otorgándole las facilidades y los beneficios necesarios para su pleno desarrollo, absteniéndose el Estado de toda acción que pueda dañar o poner en peligro la institución familiar; 2.- Derecho al trabajo, es un derecho de toda persona, pero tiene especial significación en la familia; 3.- Derecho a un salario familiar suficiente, esto es, que sea bastante para atender a las necesidades de los miembros de la familia, y que se tenga derecho a igualdad de salario por trabajo igual sin discriminación alguna; 4.- Derecho a la salud y a la seguridad social; 5.- Derecho a la vivienda digna y suficiente a sus necesidades; 6.- Derecho a la educación; 7.- Derecho a creer y profesar su propia fe y a difundirla, siendo la libertad religiosa un derecho fundamental del individuo; 8.- Derecho a la intimidad, libertad y honor familiar, prerrogativa que la familia y sus miembros pueden ejercer frente a todos, incluyendo al Estado, para lograr un ambiente sano y de paz, en donde se pueda lograr la intimidad de la vida familiar; 9.- Derecho a participar en el desarrollo integral de la comunidad; 10.- Derecho a la asesoría conyugal y familiar (una política familiar del Estado); 11.- Derecho al descanso. 12.- Derecho de asociación, ya que las asociaciones de carácter familiar y sus federaciones o confederaciones

La efectividad de los derechos no puede solo ser entendida desde el ámbito jurisdiccional, sino también desde el desarrollo de políticas sociales dirigidas a proteger tales derechos. En palabras de Federico Palomba, citado por Farith Simon, la protección social es:

Una actividad dirigida a ofrecer las condiciones necesarias para el desarrollo de la personalidad y la satisfacción de los derechos fundamentales de los sujetos en edad menor (sic). Es una actividad fundamentalmente política y la administración es el organismo encargado de realizar con idóneos instrumentos y servicios, en cuya elección se ha venido progresivamente consolidado la intuición de que estos tienen que favorecer el desarrollo de la persona en su ambiente de vida, limitándose al mínimo las intervenciones institucionalizantes y segregantes, y privilegiándose el apoyo a la familia y a la presencia de los servicios general del Estado en los lugares de vida del menor¹⁰⁶.

Cabe afirmar también, que las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derecho, mas no objetos de protección, como en el siglo pasado y a principios de este se llegó a pensarse, donde podían ser reprimidos, corregidos y sancionados “por su supuesto bien” por los adultos y el Estado. La idea de la “protección especial”, permitía que el Estado tomara las medidas que consideraba necesarias para ejecutarlas sin considerar ningún límite en particular¹⁰⁷. Asimismo, a decir de Farith Simon, el derecho más importante de las niñas, niños y adolescentes es la posibilidad de intervención del Estado en sus vidas y familia, reconociendo sus garantías mínimas para el bienestar y debido cuidado del infante¹⁰⁸; ello no es óbice, para entender que la intervención estatal no debe ser a través de considerar a estos como objetos de derecho, sino, como sujetos de derechos que por su condición de minoría requieren de un tratamiento legal

internacionales tienen derecho a constituirse y ser reconocidas jurídicamente. Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho; derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, Ed. Porrúa, México, 1984.

¹⁰⁶ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 178.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 167 – 168.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

diferenciado a la de los adultos, dado su desarrollo físico, emocional y psíquico de aquellos.

La violación a sus derechos o derechos humanos no había sido entendida como objetivo específico de intervención, sino hasta en épocas recientes y, más aún, no se percibía en el sistema jurídico como un problema social, ya que se disimulaba o velaba como un problema de tipo “privado” o “íntimo” dentro del seno de la familia, por lo que no se justificaba la intervención estatal¹⁰⁹, no obstante, la evidente violación a los derechos fundamentales de respeto a la vida, libertad y dignidad de las personas, por ende, a sus derechos humanos prioritarios de familia o pertenecer a una familia.

1.6.3.- La doctrina de la voluntad

Aunque, no es una doctrina o teoría -la voluntad contractual- que analiza o regula de manera exclusiva la situación del niño frente a las leyes y la sociedad, es oportuno mencionarla para entender el entorno global e integral de los derechos y su aplicación en el “mundo” del niño, ya que del derecho civil nacen los más importantes y básicos derechos de éste. La teoría de la voluntad contractual surge en el marco del derecho privado y muy en especial en el derecho civil; contrario a lo que muchos piensan, los niños, en el ámbito de los derechos civiles, tienen prerrogativas y/o facultades que sólo a ellos les compete ejercer; en algunos casos, por conducto de sus representantes legales en otros, dispuesto por la ley, sólo a ellos. También, hay que agregar que conforme a esta doctrina, el menor también responde civilmente en determinados actos jurídicos.

Si bien es cierto, la teoría de la protección integral del menor ha opacado la responsabilidad civil del niño, es importante advertir que en determinados casos o

¹⁰⁹ Calvo García, Manuel, *Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de medidas y protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Zaragoza, España, trabajo 17, 2006.

circunstancias, éstos pueden ser responsables directos como el caso del abandono del hogar familiar sin justificación, o la terminación (acaba por disposición de la ley) imputable al menor¹¹⁰, como lo veremos en las diversas líneas de esta investigación.

La codificación civil es la norma regulatoria de los aspectos más trascendentales de la vida del ser humano; la codificación civil ha regulado desde sus inicios romanos los aspectos más importantes de la personas, la familia y su patrimonio¹¹¹. Sus reglas de derecho han regulado la vida en sociedad desde el aspecto más básico desde la fundación de Roma, del derecho romano arcaico, derecho romano preclásico hasta la república, del derecho romano clásico, hasta Justiniano con el *Corpus Iuris Civilis*¹¹². En el derecho civil mexicano, se tienen antecedentes históricos desde la época pre-colonial. Se reguló la condición de las personas, de los esclavos, de las personas libres; la organización de la familia, la patria potestad, el divorcio y las sucesiones¹¹³; así fue el desarrollo del derecho civil, pasando por el derecho colonial, de independencia, de revolución, hasta llegar a la codificación civil moderna de 1928¹¹⁴.

Para el maestro Rafael Rojina Villegas, el derecho civil es “la rama del derecho privado que tiene por objeto regular los atributos de las personas físicas y morales y organizar jurídicamente a la familia y al patrimonio, determinando las relaciones de orden económico entre los particulares, que no tengan contenido mercantil, agrario u obrero”¹¹⁵. Para el maestro Ignacio Galindo Garfías es “el conjunto de normas que regulan las situaciones jurídicas y las relaciones comunes u ordinarias del hombre en lo

¹¹⁰ Leer el artículo 440 del Código Civil para el Estado de Baja California. La patria potestad se acaba: ... II.- Con la emancipación, derivada del matrimonio.

¹¹¹ Petit, Eugene, *Derecho Romano*, México, Ed. Porrúa, 1993, 1-96.

¹¹² Para una mejor consulta del desarrollo del derecho romano, consúltese el libro de Bernal Beatriz, Ledesma José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas* (desde los orígenes hasta la alta edad media). México, Ed. Porrúa, 2011.

¹¹³ Güitrón Fuentevilla, Julián, *Tratado de derecho civil*, México, Ed. Porrúa, 2014, p. 58.

¹¹⁴ Para una consulta del desarrollo del derecho civil en México, consúltese el libro de Castañeda Rivas, María Leoba, *El derecho Civil en México*, dos siglos de historia, México, Ed. Porrúa, 2013.

¹¹⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Introducción, personas y familia*, México, Ed. Porrúa, 2005, P. 22.

que atañe a su personalidad, a su patrimonio, y a la institución de la familia, constituye el Derecho civil”¹¹⁶.

Por lo que, la voluntad contractual es la libertad de obligarse mediante la celebración de actos jurídicos, cuyo contenido no sea contradictorio a las normas de interés público (normas de orden público), las buenas costumbres o los derechos de terceros, lo que se resume en; “lo que no está prohibido está permitido”, en aquellos actos que de acuerdo con la ley los menores pueden concurrir o por hechos que estos lleguen a realizar generando daños o consecuencias jurídicas y materiales- económicas a sus padres, custodios o terceros¹¹⁷.

1.7.- La familia y el niño

La familia es el espacio más íntimo y humanizado de las personas donde los niños aprenden sus diversos roles para su futura vida de adultos¹¹⁸. “Para el Derecho Romano, la familia (*domus*) era la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único; comprende, pues, el *paterfamilias*, que es el jefe, los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer *in manu*, que está en una condición análoga a la de una hija (*loco filiae*). La constitución de la familia romana, estaba entendida por el carácter dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre, dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad”¹¹⁹. También, para el derecho romano, la familia constituía el núcleo fundamental de la sociedad romana, definiéndola 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

¹¹⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 93.

¹¹⁷ Se recomienda la lectura de la investigación titulada: “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”, de la Profesora Katuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, Universidad de Cienfuegos, Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, número 6, junio 2012, p. 27-46, en línea <http://www.eumed.net/rev/rejie>, para una mejor comprensión del tema respectivo.

¹¹⁸ Chávez Asencio, Manuel F., *La familia y los derechos humanos*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr10.pdf>.

¹¹⁹ Petit, Eugene, *Derecho Romano*, México, Ed. Porrúa, 1993, p. 96.

trascienden del orden doméstico”¹²⁰. No sólo comprendía la unión del hombre y la mujer, sino en la potestad del jefe sobre todos aquellos que la componían.

Una de las características del hombre es su tendencia a vivir en sociedad, como lo afirma Cuauhtémoc Anda Gutiérrez:

Su naturaleza humana implica para todos, una capacidad para crear hábitos, éstos se dependen en concreto de una determinada cultura y de las opciones de educación de cada individuo. Vivir en sociedad es la forma natural del ser humano para satisfacer sus necesidades, lo cual, trae como consecuencia ventajas y derechos, pero también obligaciones. Cuando el hombre pasa de ser un animal solitario y salvaje a ser un animal social, sucede el surgimiento de la sociedad. La sociedad es entonces la coexistencia humana organizada, es el agregado organizado de individuos que siguen un mismo modo de vivir y es la unión durable y dinámica entre personas, familias y grupos mediante la comunicación de todos dentro de una misma cultura, para lograr los fines de la vida colectiva, mediante la división del trabajo y los roles, de acuerdo con la regulación de todas las actividades a través, de normas de conductas impuestas bajo el control de una autoridad¹²¹.

Para Rossana Muga, Cristina Torres y Erika Valdivieso maestras del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia, Facultad de Derecho Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú, exponen que:

La familia como realidad y entidad superior a la simple suma de intereses de sus miembros, ostenta un rol social constitutivo en virtud del cual debe ser apoyada con interés público, sobre todo porque en su seno se satisface buena parte de los derechos individuales de desarrollo integral de sus miembros, debiéndose destacar que son, al

¹²⁰ Bernal Beatriz, Ledesma José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (desde los orígenes hasta la alta edad media)*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 66.

¹²¹ Anda Gutiérrez, Cuauhtémoc, *Introducción a las Ciencias Sociales*, México, Ed. Limusa, 2003, p. 28-29.

mismo tiempo, integrantes del grupo familiar y también ciudadanos dentro de la sociedad¹²².

El centro de los derechos y las obligaciones de las personas están en la familia, que es el espacio natural, donde las niñas, niños y adolescentes se desarrollan y desenvuelven todas sus capacidades y cualidades que los prepara para su futura vida de adultos como personas plenas¹²³. Cuauhtémoc Anda Gutiérrez afirma que la sociedad es donde coexiste la humanidad organizada, es el agregado organizado de individuos que siguen un mismo modo de vivir y es la unión durable y dinámica entre personas, familias y grupos mediante la comunicación de todos dentro de una misma cultura, para lograr los fines de la vida colectiva, mediante la división del trabajo y los roles, de acuerdo con la regulación de todas las actividades a través, de normas de conductas impuestas bajo el control de una autoridad¹²⁴.

Para Luis Recasens Siches la familia constituye el caso por excelencia de formación o grupo social suscitado por la naturaleza, por los hechos de la generación y los subsecuentes a ésta. Asimismo, afirma que “la famililla no es solo un mero producto de la naturaleza, sino que es una sólida institución creada y configurada por la cultura, (religión, moral, costumbre y derecho), que regula las distintas conductas conectadas entre los individuos y sus generaciones”¹²⁵. Rafael Rojina Villegas por su parte, explica, que “la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del

¹²² Informe denominado: Familia y derechos humanos, presentada por Rossana Muga, Cristina Torres y Erika Valdivieso, maestras del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia, Facultad de Derecho Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú, marzo de 2013.

¹²³ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; citado en su conferencia denominada “La protección de la familia desde los derechos humanos”, dictada el día 7 de noviembre de 2014, en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California.

¹²⁴ Anda Gutiérrez, Cuauhtémoc, *Introducción a las Ciencias Sociales*, México, Ed. Limusa, 2003, p.30.

¹²⁵ Recasens Siches, Luis, *Sociología*, México, Ed. Porrúa, 2008, p 406.

matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además, de manera excepcional, el parentesco por adopción”¹²⁶.

Juan Antonio González sostiene en relación a la familia que:

la familia reviste una importancia capital, ya que es la base necesaria de las organizaciones sociales y, como consecuencia, el fundamento mismo del Estado. La familia, cuya evolución cubre un ciclo inmenso en la historia de la humanidad, ha atravesado por innumerables vicisitudes y, en su constante desarrollo llega hasta nuestros días en la forma evolucionada, desprovista de la rigidez y severidad exagerada que se presentaba en la vieja organización romana, en la que se consideraba una unidad poderosamente ligada al padre de familia (*pater familiae*), en cuyo derredor giraba la vida de la misma familia y a quien se le atribuían poderes y autoridad extraordinarios, inclusive el derecho de vida y muerte sobre los miembros de ella¹²⁷.

Para Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez “la familia como organismo o institución natural, es también a la vez una institución social y jurídica, por lo que la familia como grupo humano, puede ser estudiada desde el punto de vista biológico, social y jurídico”¹²⁸. Desde el punto de vista biológico se entiende como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes sin limitación de origen y descendencia. Desde el aspecto social, la familia responde conforme al espacio y el tiempo a diferentes formas de organización y construcción en la misma sociedad, atento a la idiosincrasia, cultura y aspiraciones de toda la comunidad y desde el punto de vista jurídico, conforme a su ordenación propiamente jurídica y fundada en instituciones permanentes¹²⁹.

¹²⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Introducción, personas y familia*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 212.

¹²⁷ González, Juan Antonio, *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, México, 2000 p. 73.

¹²⁸ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia*, México, Ed. Oxford, 2005, p. 8 y 9.

¹²⁹ *Ibíd*em, p. 9.

Asimismo, establecen los autores arriba citados que la familia es el núcleo básico de la sociedad, en la medida en que ella se reproduce biológicamente a la especie humana en un espacio y tiempo determinado, donde se genera la identidad del grupo social. Cumple las funciones de satisfacer las necesidades básicas del ser humano, tales como la alimentación, habitación, salud, protección, afecto, identidad y seguridad. Transmite las diferentes formas de comunicación oral y escrita: la lengua, costumbre, tradiciones, valores, sentimientos, normas de comportamiento y de relación con los demás, expectativas y futuro de grupo, que se entrelazan entre otros grupos hasta crear el gran grupo la sociedad. De ahí que entendamos que la familia se ha concebido como la célula social que facilita el crecimiento de sus miembros, permitiéndoles desarrollar sus capacidades para la vida. “La familia es un espacio donde se desarrollan los afectos más grandes y los sufrimientos más intensos, pues además de acoger y proporcionar amor, respeto, ayuda mutua y solidaridad, también generan desavenencias, mitos, desamor, culpas, incomunicación, frustración y violencia”¹³⁰.

Miguel Villoro Toranzo afirma que, “identificar al individuo que conforma a la familia, no reviste mayor problema, ya que es simplemente el individuo humano que conforma orgánicamente al grupo familiar desde su perspectiva individual como tal. Por el orden natural de las cosas, la persona individual empieza desde el momento de su concepción en el seno materno; sin embargo, por disposición del orden jurídico, se reputa persona, el feto que es viable, es decir, que es desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado ante el Registro Civil para su registro correspondiente”¹³¹. Esta es la explicación por la cual el individuo que conforma a la familia y que tiene derecho como tal, es aquel que desde su concepción cumple con la condición jurídica de ser viable. Manuel Chávez Asencio afirma que:

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 211.

¹³¹ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 422.

El estudio de la familia debe referirse principalmente a la pareja humana, ya constituye al matrimonio donde se procrean a los hijos, siendo por orden lógico el primer núcleo familiar... La institución de la pareja humana, como matrimonio se debe, quizás, a las reglas de convivencia que aparecieron en sociedades más avanzadas, dentro de un contexto social que requería la permanencia de la pareja. El bien de los hijos constituye una necesidad que reglamenta y que fue seguida por normas sexuales de convivencia social a través de las cuales se pudo promover la convivencia y evitar la rivalidad y agresividad, atemperando los egoísmos individuales¹³².

Miguel Ángel Soto Lamadrid afirma que:

La fórmula más arcaica de la familia surge con el nacimiento del primer hijo y, siendo desconocida la intervención del varón en el proceso reproductivo, es seguro que la primera familia de la historia debió ser monoparental. Que la unión sexual permanente y exclusiva vino después de milenios de poligamia, sin rituales jurídicos o religiosos. Por lo que surge con posterioridad regular la constitución y los lazos biológicos y sociales que se desprenden de la familia desde el punto de vista legal, es decir, con intervención del Estado y diversas instituciones legales, primero de regulación, después de protección y promoción del bienestar familiar¹³³.

La familia como concepto inicia como un simple hecho humano, necesario en la existencia del mismo ser humano. Miguel Ángel Soto Lamadrid escribe textualmente: “Por eso, Ignacio Galindo Garfias sostiene que la familia, como agrupación humana surgida de la naturaleza, deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación”¹³⁴. También, advierto la excelente exposición sobre definiciones clásicas y anticuadas de familia, que comparte Ernesto Gutiérrez y González, en su fina disertación citando a diversos autores que van desde Messineo, Theodor Kipp y Martin

¹³² Chávez Asencio, Manuel F, *Contratos y Convenios familiares*, Ed. Porrúa, México, 2011 p. 3.

¹³³ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Ed. Beilis, 2011, p. 2 y 3.

¹³⁴ *Ibíd*em, p. 3.

Wolf, los franceses Henri, León y Jean Mazeaud, Planiol y Ripert, Diego Espín Cánovas, entre otros, en las que se repasa sobre el concepto de la familia, que por espacio de esta investigación invito al lector a repasar tan monumental obra¹³⁵.

Ahora bien, hemos tratado de dar una definición o aproximación al concepto de familia partiendo de la doctrina relevante, por lo que es útil hacer una anotación específica, estableciendo que el concepto de familia es un concepto inacabado y una tarea no fácil, ya por una parte, por la dificultad de encontrar una descripción que sea suficientemente general para abarcar todas las formas de esta agrupación humana, y por otra parte, por la visión personal y cultural que cada quien pudiera darle en su importancia¹³⁶, que cada día es más cambiante.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación por su parte, en su cuadernillo de temas selectos de derecho familiar, afirma que “la familia es una agrupación natural a la que se le ha reconocido el carácter de núcleo primario de la sociedad, haciendo referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos”¹³⁷, donde sigue diciendo que se finca y fundamenta la organización del Estado y de la sociedad.

1.7.1.- Diferentes tipos de familia

La organización social básica y fundamental del ser humano es la familia. Para Luis Recasens Siches la familia constituye el caso por excelencia de formación o grupo social suscitado por la naturaleza, por los hechos de la generación y los subsecuentes a ésta. Asimismo, afirma que la famililla no es un mero producto de la naturaleza, sino

¹³⁵ Cfr, Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 138-145.

¹³⁶ Ortiz de Rozas, Abel Fleitas, Roveda, Eduardo G, *Manual de Derecho de Familia*, Argentina, Ed. Abeledo perrot, 2009, p. 13.

¹³⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar, temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011, p. 2.

que es una sólida institución creada y configurada por la cultura que regula las distintas conductas conectadas entre los individuos y sus generaciones¹³⁸.

De tal modo, la familia como organismo o institución natural, es también a la vez una institución social y por ende jurídico, por lo que la familia como grupo humano, es estudiada desde la perspectiva biológica, social y jurídica. Desde el punto de vista biológico, se entiende como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes sin limitación de origen y descendencia. Desde el aspecto social, la familia responde conforme al espacio y el tiempo a diferentes formas de organización y construcción en la misma sociedad, atento a la idiosincrasia, cultura y aspiraciones de toda la comunidad y, desde el punto de vista jurídico, conforme a su ordenación legal, fundada en instituciones permanentes¹³⁹. Cabe apuntar, que antes de la regulación jurídica de la familia, primero se reconoce desde el aspecto sociológico, según afirma Miguel Carbonell que: "...La familia es un concepto que, antes de ser jurídico, es sobre todo sociológico"¹⁴⁰.

Para Miguel Ángel Soto Lamadrid, "La familia postmoderna se presenta en el mundo occidental bajo diversos moldes..."¹⁴¹. Estos moldes, son diferentes sistemas de organizar a la familia o al sistema familiar. Para ello, seguiremos los moldes recomendados por Miguel Ángel Soto Lamadrid: la familia nuclear, extensa y monoparental¹⁴² y de María De Montserrat Pérez Contreras el molde de familia ensamblada¹⁴³.

¹³⁸ Recasens Siches, Luis, *Sociología*, México, Ed. Porrúa, 2008, p. 466.

¹³⁹ Baqueiro Rojas, Edgard, y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia*, México, Ed. Oxford, 2005, p. 8-9.

¹⁴⁰ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 82.

¹⁴¹ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Ed. Beilis, 2011, p. 14.

¹⁴² *Ibidem*, p. 14 - 16.

¹⁴³ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Ed. Nostra, 2010. p. 23.

1.7.2.- La familia nuclear

La familia nuclear es aquella constituida por parejas casadas o no casadas con hijos comunes, que viven en un mismo domicilio en el que comparten su especial forma de vida comunitaria, en la cual, comparten sus propios usos, costumbres, prácticas y educación de sus hijos. En su espacio se integra por los padres y su descendencia común; en ella se atienden sus necesidades básicas de supervivencia, armonía y crecimiento.

Este tipo de familia puede estar constituida y legitimada por un matrimonio de los padres, que llamamos familia nuclear matrimonial, así como la familia nuclear extramatrimonial que no está constituida por un matrimonio, sino por una convivencia permanente, denominada como concubinato. Ahora bien, dentro de esta clasificación, podemos comentar el modelo de familia ensamblada o recompuesta, que es aquella que se integra por un matrimonio en el que comparten la manutención y educación de hijos propios o hijos extraconyugales, de anteriores nupcias o adoptados en su caso. Por lo que concluimos que la familia nuclear es aquella integrada por la pareja casada bajo las leyes civiles o no, y sus hijos consanguíneos o adoptados.

1.7.3.- La familia extensa

Esta caracterización de familia, es donde conviven los ascendientes con descendientes de ulterior grado; afirma Soto Lamadrid, que es propio de comunidades rurales, donde conviven los cónyuges, sus hijos, sus nietos, los abuelos, entre otra parentela. Tipo de familia que ya no es muy frecuente, menos en la zona urbana, dado por condiciones laborales, económicas, costes de vida, entre otros.

Es entonces, siguiendo a Soto Lamadrid, como aquel grupo difuso que comprende además de la pareja y sus hijos, también a los demás parientes consanguíneos en línea directa sin limitación de grado y la línea colateral, así como la parentela afín.

1.7.4.- La familia monoparental

Esta familia está integrada por el progenitor biológico y sus hijos; que generalmente corresponde a la madre y su descendencia sin la presencia del padre. Familia que se genera ya sea porque los padres no están interesados en vivir en común o derivado de matrimonios fallidos o divorcios, abandono del padre por falta de interés en la convivencia con sus hijos, o migración con la desatención de su familia. Por lo que es aquella que se forma por uno solo de los padres que viven en unión con sus hijos, sin la presencia inmediata del otro progenitor, creándose un espacio e imagen de un solo padre a cargo de sus hijos.

1.7.5.- La familia ensamblada

Para María De Montserrat Pérez Contreras las familias ensambladas son “aquellas familias integradas por familias reconstruidas, por dos familias monoparentales, por miembros de núcleos familiares previos, que al separarse se unen nuevamente, de hecho o de derecho, con nuevas personas o grupos familiares formando el ensamble o una nueva estructura familiar ...”¹⁴⁴. Esto es, que se compone este núcleo con diversas familias que como unidad se unen a otra para crear una nueva con las diversas relaciones o vínculos legales y afectivos que de ella surjan.

Así pues, estas son algunas formas o tipos de familia, que en su oportunidad podrían variar o crearse socialmente otras dada la dinámica y cultura de la sociedad en un espacio y momento determinado. Cabe apuntar, para destacar de una buena vez, que el

¹⁴⁴ Ibídem.

matrimonio no es la base de la familia, sino la familia misma. Las ideas fundadas en el supuesto del matrimonio quedan superadas por la realidad y conforme al régimen legal. Nos ilustra al respecto la Tesis Aislada de la Décima época de la Primera Sala, que título:

CONCUBINATO. SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO MEXICANO SE DERIVA DEL MANDATO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUES LO QUE SE PRETENDE ES RECONOCER Y PROTEGER A AQUELLAS FAMILIAS QUE NO SE CONFORMAN EN UN CONTEXTO MATRIMONIAL. Época: Décima Época, Registro: 2008255, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 14, Enero de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. VI/2015 (10a.). Página: 749. Esta Primera Sala advierte que el legislador mexicano ha optado por regular a las parejas de hecho, es decir, aquellas parejas que mantienen una relación estable y continuada pero que han preferido no sujetarse a un régimen matrimonial, bajo la figura del concubinato. Por tanto, es claro que la legislación civil y familiar de nuestro país se ha decantado por reconocer efectos jurídicos concretos a una relación en la que no existe una declaración expresa y formal de voluntad para formar una vida en común -como la que existe en el matrimonio-, pero que en la realidad constituye una unión fáctica de dos personas que en última instancia conforma una familia en el sentido más amplio de la palabra. Ahora bien, es importante destacar que el hecho de que el legislador haya reconocido efectos jurídicos a este tipo de uniones de hecho, caracterizadas principalmente por un grado de estabilidad relevante, se deriva de un mandato constitucional establecido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en la protección de la organización y desarrollo de la familia, pues lo que se busca evitar son situaciones de injusticia o desprotección sobre aquellas personas que si bien conforman una familia, no lo hacen en un esquema matrimonial. Así, es claro que el concepto constitucional de familia no puede ser interpretado desde un punto de vista restrictivo y centrado exclusivamente en familias formadas en un contexto matrimonial, sino que dicho concepto debe ser entendido desde una perspectiva más amplia, debiéndose incluir en él las situaciones de convivencia ajenas al matrimonio que desarrollan los mismos fines que éste y que, por lo tanto, deben recibir los mismos niveles de protección. Amparo directo en revisión 230/2014. 19 de

noviembre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Esta tesis se publicó el viernes 23 de enero de 2015 a las 9:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación¹⁴⁵.

Esta revisión, permite afirmar que podrán haber tanto tipos de relaciones entre las personas que podrían generar una “familia”, siempre y cuando se respeten los límites y prohibiciones de orden público que para ella misma se creen y sobre todo, para los derechos del niño, por lo que debemos destacar el principio del interés superior del niño, que siempre deberá respetarse en todo tipo de familia, como veremos en seguida.

1.8.- El interés superior del niño frente a la familia

La situación del niño no había sido entendida como objetivo específico de intervención, sino hasta épocas recientes y, más aún, no se percibía en el sistema jurídico como un problema social, ya que se disimulaba o velaba como un problema de tipo “privado” o “íntimo” dentro del seno de la familia, por lo que no se justificaba la intervención estatal, no obstante, la evidente violación a los derechos fundamentales de respeto a la vida, libertad y dignidad de las personas.¹⁴⁶

Luego entonces, en el pasado no se podía hablar de un interés del niño frente a los demás miembros de la familia o sociedad, sino al contrario, estos debían sumisión y

¹⁴⁵ CONCUBINATO. SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO MEXICANO SE DERIVA DEL MANDATO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUES LO QUE SE PRETENDE ES RECONOCER Y PROTEGER A AQUELLAS FAMILIAS QUE NO SE CONFORMAN EN UN CONTEXTO MATRIMONIAL. Época: Décima Época, Registro: 2008255, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 14, Enero de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. VI/2015 (10a.). Página: 749.

¹⁴⁶ Calvo García, Manuel, *Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de medidas y protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Zaragoza, España, trabajo 17, 2006.

respeto a los demás sin más condición. Cabe apuntar que el “niño” en épocas pasadas fue sujeto de trabajos exhaustivos al igual que un adulto, recibiendo inclusive por su trabajo una menor remuneración. La reflexión del descubrimiento del niño, como lo apuntaron Silvia S. García de Ghigolino y María Alejandra Acquaviva, que con el surgimiento de los Estado modernos y el derrumbamiento del régimen feudal trajeron nuevas formas de relacionarse y de entender a la familia como ámbito privado, no trajo por sí mismo, el respeto de sus derechos, sino que ha sido una evolución paulatina de ello, una vez advertido por la misma sociedad por la necesidad de proteger su situación especial de minoría, ya sea desde el aspecto laboral, penal, familiar, e inclusive en todos los ámbitos de la sociedad¹⁴⁷.

Ahora bien, en tratándose de la familia y los niños, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha afirmado que: “trasciende la esfera privada e incide directamente en el funcionamiento de la sociedad, y por esa razón que el Estado, a través de diversas iniciativas, como la expedición de normas jurídicas, busca prevenirla, sancionarla y erradicarla, así como dar asistencia y protección a quienes la sufren”¹⁴⁸. Razón por la cual, el interés superior del niño y la necesidad política y social de ser protegido e incluso intervenido, trasciende a la sociedad misma, muy por encima de los derechos, facultades u obligaciones de los demás miembros de la familia o de la misma comunidad.

La Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en la conferencia que tuvo lugar el día viernes 19 de agosto de 2011, en el Teatro Xicoténcatl, en la ciudad de Tlaxcala, con la participación titulada “La tutela multinivel de los derechos humanos a partir de

¹⁴⁷ García de Ghigolino, Silvia S. y Acquaviva, María Alejandra, *Protección contra la violencia familiar*, Argentina, Ed. Hammulabi, 2010, p. 297.

¹⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar, temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011, VIII.

la familia como génesis de la sociedad”, expuso a razón del principio interés superior del niño, que¹⁴⁹:

La Primera Sala se ha pronunciado en torno al principio constitucional del interés superior del menor, al señalar que en términos de los artículos 4° 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, 6 y 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 éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó 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 éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

Nos orienta al caso del interés superior del niño, la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el recurso extraordinario, localizado en la biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM¹⁵⁰, donde se expone:

El interés superior del niño se encuentra fundamentado en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar su desarrollo, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (Sentencia V.24.XL.VIII-V., D.L.s/restitución de menores. Ejecución de sentencia, 16 de agosto de 2011).

¹⁴⁹ Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, conferencia que tuvo lugar el día viernes 19 de agosto de 2011, en el Teatro Xicoténcatl, en la ciudad de Tlaxcala, con la participación titulada “La tutela multinivel de los derechos humanos a partir de la familia como génesis de la sociedad”.

¹⁵⁰ Biblio.juridicas.unam.mx. p.1 (Consultado el día 20 de agosto del 2015).

De lo que se desprende que el interés superior del niño, se fundamenta en la dignidad misma del ser humano, tal y como lo comenta el Manuel F. Chávez Ascencio en su ponencia denominada la familia y los derechos humanos, en la que afirma que el hombre, como ser, tienen una dignidad interna propia y superior al cosmos, tanto en lo espiritual como en lo material y que por ende, el niño, por ser una persona, también goza de ello¹⁵¹. Además, por su propia característica de minoría y de la necesidad familiar y social de propiciar su desarrollo, es por lo que prevalece su interés al de la familia e inclusive al del Estado, tal y como se ha venido reseñando con los instrumentos legales nacionales e internacionales (consultar capítulo segundo).

Una de las características del hombre es su tendencia a vivir en sociedad; su naturaleza humana implica para todos, una capacidad para crear hábitos; estos que dependen en concreto de una determinada cultura y de las opciones de educación de cada individuo. Vivir en sociedad es la forma natural del ser humano para satisfacer sus necesidades, lo cual, trae como consecuencia ventajas y derechos, pero también obligaciones. Cuando el hombre pasa de ser un animal solitario y salvaje a ser un animal social, sucede el surgimiento de la sociedad. La sociedad es entonces la coexistencia humana organizada, es el agregado organizado de individuos que siguen un mismo modo de vivir y es la unión durable y dinámica entre personas, familias y grupos mediante la comunicación de todos dentro de una misma cultura, para lograr los fines de la vida colectiva, mediante la división del trabajo y los roles, de acuerdo con la regulación de todas las actividades a través, de normas de conductas impuestas bajo el control de una autoridad¹⁵².

¹⁵¹ Chávez Ascencio, Manuel F., *La familia y los derechos humanos*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr10.pdf>.

¹⁵² Anda Gutiérrez, Cuauhtémoc, *Introducción a las Ciencias Sociales*, México, Ed. Limusa, 2003, p. 28-29.

Para Rossana Muga, Cristina Torres y Erika Valdivieso, maestras del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia, Facultad de Derecho, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú, afirman de la familia:

Como realidad y entidad superior a la simple suma de intereses de sus miembros, ostenta un rol social constitutivo en virtud del cual debe ser apoyada con interés público, sobre todo porque en su seno se satisface buena parte de los derechos individuales de desarrollo integral de sus miembros, debiéndose destacar que son, al mismo tiempo, integrantes del grupo familiar y también ciudadanos dentro de la sociedad¹⁵³.

Luego entonces, el espacio connatural del niño es la de vivir en familia, donde se debe entender el espacio en el que se le debe procurar, primordialmente los cuidados y asistencia que requiera a fin de lograr un crecimiento y un desarrollo pleno dentro de un ambiente de bienestar, primordial a la familia y por ende al estado mismo, respetando en todo momento su dignidad y libertad, entendiéndose su derecho preferente de interés superior, como la circunstancia o condición de hacer prevalecer sus derechos y bienestar sobre el de todos los demás, ya sea, la misma familia, ascendientes, parentela o sociedad misma.

Basta apuntar, que el tema de la violencia familiar en contra del niño o demás afectaciones, dejaron de ser un tema privado y hoy en día es considerado un problema de salud pública (protección social del niño), en el que se deben dirigir esfuerzos públicos para proteger al menor, aun en contra de quienes, se supone son sus principales custodios y educadores. Las niñas, niños y adolescentes son víctimas directas como indirectas al estar involucrados en situaciones crónicas de violencia entre sus padres o parientes cercanos, que les merma y genera trastornos de conducta, salud

¹⁵³ Informe denominado: Familia y derechos humanos, presentada por Rossana Muga, Cristina Torres y Erika Valdivieso, maestras del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia, Facultad de Derecho, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú, marzo de 2013.

y baja autoestima¹⁵⁴, lo que justifica indefectiblemente la intervención estatal para protegerlos y garantizarles su cúmulo de derechos humanos. Al respecto transcribo la siguiente tesis jurisprudencial de la Novena Época, que nos ilustra respecto del interés superior del niño.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4º. 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, 6 y 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 aceptó 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 éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

(TA); 9ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 265

Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes¹⁵⁵.

Ahora bien, conforme a la normatividad internacional (con especial pronunciamiento la Convención sobre los derechos del niño¹⁵⁶ y las normas nacionales – artículo 4to

¹⁵⁴ García de Ghiglini, Silvia S. y Acquaviva, María Alejandra, *Protección contra la violencia familiar*, Argentina, Ed. Hammulabi, 2010, p. 90.

¹⁵⁵ INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. (TA); 9ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 265. Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

¹⁵⁶ Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1989; vigente en México a partir del 21 de octubre de 1990.

Constitucional y la reciente Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes - publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de diciembre de 2014), se enfatiza el principio denominado interés superior del niño, que no es más que el principio rector que debe perseguir el bienestar total de este en todos los ámbitos de aplicación en su vida.

Es oportuno comentar, que el término o principio “interés superior del niño” es un concepto jurídico indeterminado tanto en el ámbito internacional como nacional, tal y como lo afirma Sonia Rodríguez, quien concluye que en materia de sustracción de menores existen unos parámetros mínimos dentro de los cuales se puede mover el concepto de interés superior del niño; entre estos es factible indicar la estabilidad emocional y afectiva del niño, el respeto a su centro de vida, a sus decisiones cuando se le presupone cierto grado de madurez, el evitar rupturas bruscas e innecesarias en su entorno familiar y amistoso, o el mantener un nivel de vida parecido al que el menor tenía¹⁵⁷.

De tal modo, que el interés superior del niño deba entenderse y orientarse conforme al derecho a aplicar en particular en aras de su máximo bienestar y protegido y gestionado por todas las autoridades ya sea legislativo, judicial y administrativos, tal y como lo afirma Miguel Cillero Bruñol que es posible afirmar que tal principio, es la satisfacción integral de sus derechos fundamentales¹⁵⁸.

1.9.- El derecho de familia

¹⁵⁷ Rodríguez, Sonia. *La protección de los Menores en el Derecho Internacional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 322, México, 2006, p. 31 y 32.

¹⁵⁸ Cillero Bruñol, Miguel. *El interés superior del niño en el Marco de la Convención de los Derechos del Niño, en infancia, ley y democracia en américa latina*, García Méndez, Emilio, Belfoff, Mary, Compiladores, Ed. Temis, Bogotá, 1998, p. 84

Es importante destacar el concepto que ubique e identifique al derecho de familia, como el conjunto de normas jurídicas que vienen a regular los vínculos y relaciones entre los miembros de la familia. Antonio Cicu sostiene que, debía decirse del derecho civil para la familia, como una rama autónoma del derecho civil¹⁵⁹. Explica que la familia, era el objeto del derecho familiar, que tiene una integración distinta en las relaciones jurídicas, respecto al individuo, a la persona, a la sociedad y al propio Estado. Afirmó también que la familia era más que el Estado, ya que nace antes que éste y se manifiesta como un producto natural y necesario de la humanidad, razón por la cual, el derecho familiar representa y tutela un interés superior que limita el individual o personal¹⁶⁰.

Explica así, que el derecho familiar es un conjunto de normas legales que regulan la base de la sociedad denominada familia; ahora bien, debemos partir que la aportación doctrinal del Italiano Antonio Cicu fue hecha a mediados del siglo XX, donde se consideraba a la familia, -si bien es cierto- como la célula de la sociedad, su base estaba en el matrimonio. Teoría jurídica muy superada por las nuevas tendencias sociales y jurídicas al respecto, antes abordadas en esta investigación.

Para Rafael Rojina Villegas el derecho de familia tiene por objeto lograr una solidaridad cada vez más estrecha y perfecta entre los distintos miembros del grupo. Desde ese punto de vistas son las normas que regulan el parentesco en sus distintas manifestaciones logrando su regulación concreta, así como el matrimonio, patria potestad o tutela¹⁶¹; de lo que se aprecia que el referido autor, hace una seria exposición del concepto del derecho de familia, apuntando aspectos de orden lógico, sociológico,

¹⁵⁹ Cicu Antonio, *El derecho de familia*, traducción de Santiago Sentis Meleno, Ed. Elviar, Argentina, 1947, p. 2.

¹⁶⁰ *Ibíd*em, p. 3-6.

¹⁶¹ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 229.

ético, político, patrimonial, teleológico y axiológico, de lo cual se aprecia el interés y necesidad de regular a la familia desde el derecho privado y público¹⁶².

Expone Miguel Ángel Quintanilla García que como objeto de derecho familiar será todo el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia¹⁶³, quien además hace referencia a los derechos subjetivos familiares que serán todas aquellas facultades patrimoniales y extra patrimoniales que se dan en las relaciones familiares¹⁶⁴.

El derecho de familia para Abel Fleitas Ortiz de Rozas y Eduardo G. Roveda es “el conjunto de normas jurídicas que regulas las relaciones familiares, sean estas personales o patrimoniales”¹⁶⁵, donde destaca también la posición doctrinaria del derecho patrimonial y el derecho extra patrimonial en el derecho de familia. Siguen afirmando que el estudio del derecho de familia comprenden todas las vertientes de la unión familiar: “regula las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, los efectos de las uniones de hecho, las relaciones paterno-filiales sean los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, los vínculos de filiación biológicos y los creados por la adopción, los efectos del parentesco en la familia extensa...”¹⁶⁶.

Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía distinguen al derecho de familia como “... parte del derecho privado que se vincula con el derecho público para reglamentar las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar en cuanto a su constitución, organización y disolución”¹⁶⁷; donde se desprende que se agrega la fase de desarticulación de la familia en los términos de la familia vía el matrimonio, ya

¹⁶² Cfr, *Ibídem*, p. 204 -231.

¹⁶³ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Lecciones de Derecho Familiar*, México, Ed. Cárdenas, 2003, p. 6.

¹⁶⁴ *Ibídem*, p. 8.

¹⁶⁵ Ortiz de Rozas, Abel Fleitas, Roveda, Eduardo G, *Manual de Derecho de Familia*, Argentina, Ed. Abeledo perrot, 2009, p. 20.

¹⁶⁶ *Ibídem*.

¹⁶⁷ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Ed. Oxford, 2012, p. 8.

que como abundaremos, la filiación y el parentesco en determinadas condiciones puede extinguirse dada las instituciones jurídico-familiares de la pérdida de la patria potestad y la adopción.

Otro concepto importante de referenciar, dado su contenido amplio e integral del derecho de familia, es el que ofrece María de Montserrat Pérez Contreras que incluye el régimen nacional e internacional, según los instrumentos internacionales, ratificados por México, en el ámbito general de protección, quien sostiene que:

se refiere a la normas de orden público e interés social que regulan y protegen a la familia y a sus integrantes, así como su organización y desarrollo integral, sobre la base del respeto a los derechos de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana, en orden a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por México, aplicables a la materia, fundamentalmente en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contrala Mujer, así como del trabajo realizado por Naciones Unidas en favor de la familia a través de la División de Política Social y Desarrollo del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales¹⁶⁸.

Aportaciones doctrinales del concepto de derecho de familia, que nos son útiles e importantes, para partir de la base del derecho de los niños, en cuanto al conjunto de normas jurídicas que se establecen por el derecho para su protección de su entorno consustancial de vida, desarrollo y educación, sin lo cual –aproximándonos al objetivo central de esta investigación- se vulneraría; consistiendo –la investigación- en analizar y determinar las normas que regulan a la familia y el abandono del niño por los padres, con lo cual, se les afectaría (a los niños) sus derechos humanos que le corresponden de vivir en una familia.

¹⁶⁸ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Ed. Nostra, 2010. p. 21.

1.10.- El estado familiar y el ejercicio de la patria potestad

El centro de los derechos y las obligaciones de las personas están en la familia¹⁶⁹, por ende, es el espacio natural donde las niñas, niños y adolescentes se desarrollan y desenvuelven todas sus capacidades y cualidades que los prepara para su futura vida de adultos como personas plenas. Ahora bien, mientras su minoría de edad, están sujetos al ejercicio de la patria potestad, que es una institución de guarda y custodia de su persona y sus bienes. La que entendemos como “una función en la que los padres y los abuelos cuentan con determinadas facultades o derechos concedidos por la ley para que cuiden de la persona y bienes de sus descendientes, administren sus bienes y los representen”¹⁷⁰.

Asimismo, la custodia es la figura connatural del ejercicio de la patria potestad; es el efecto material de toma, cuidado, crianza y educación del niño. La custodia deriva tanto de la patria potestad como de la tutela, siendo esta última una institución auxiliar para el caso de que el niño no se encuentre sujeto a patria potestad por falta de filiación o por no estar dado en adopción, que crea la filiación legal. Por ende, no es posible hablar de la patria potestad y su ejercicio, sin la presencia de la familia como concepto y entorno social y jurídico; con lo cual, se da el ineludible binomio de familia: estado familiar y patria potestad: padre o padres en custodia y niños sujetos a ella, en el desarrollo del cúmulo de derechos y obligaciones de tipo familiar. Por lo tanto, la patria potestad y su ejercicio son una relación de poder de supra a subordinación; es decir, subsiste una relación asimétrica, principalmente en aras de protección del menor¹⁷¹, que en su contenido tiene como propósito fundamental la educación de los

¹⁶⁹ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; citado en su conferencia denominada “La protección de la familia desde los derechos humanos”, dictada el día 7 de noviembre de 2014, en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California.

¹⁷⁰ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Ed. Oxford, 2012, p. 267.

¹⁷¹ En la evolución histórica del derecho romano en relación a la patria potestad, esta se entendía con carácter perpetuo y fundado en el concepto de soberanía doméstica, en favor de su titular o ascendiente. Cfr. Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Ed. Oxford, 2012, p. 265.

hijos, quienes a *grosso modo*, tienen derecho a recibir un buen trato dentro de la comunidad familiar y social.

Cabe apuntar, que la patria potestad, hoy en día, debe ser concebida más que como un poder, como una carga¹⁷², en la que los padres tienen el deber de cuidarlos y asistirlos que de someterlos y aplicarles correctivos, ya físicos, ya emocionales. Además, de los cuales los padres, tienen obligación de responder, por ser los menores “... un deudor insolvente, público y manifiesto”¹⁷³. Los padres responden, sencillamente, porque son sus padres, siendo una obligación derivada de la patria potestad¹⁷⁴. Luego entonces, ¿Al ejercer la patria potestad y custodia, se pueden violar sus derechos humanos? ¿Si se ejerce la misma de manera ordinaria y procurando protección al menor, se puede incurrir en lesión en la esfera de derechos del menor? ¿El ejercicio de la patria potestad debe ser abusivo y absurdo para que se configure? Antes de pretender dar respuesta a estas interrogantes, repasemos el caso especial normado en la Ley de Amparo reformada (2 de abril de 2013), que contempla el caso especial de violación de derechos humanos cometido por particulares.

Así pues, el 6 y 10 de junio de 2011, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación¹⁷⁵, sendas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que trascendieron a la vida política y jurídica de la Nación. Estas reformas constitucionales colocaron a los derechos humanos, su promoción y su defensa en el centro del ordenamiento constitucional y político del país, tal y como lo resolvió el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010,

¹⁷² Paños Pérez, Alba, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, España, Ed. Atelier, 2010, p. 46.

¹⁷³ *Ibíd*em, p. 48.

¹⁷⁴ *Ibíd*em, p. 52.

¹⁷⁵ Diario Oficial de la Federación de fecha 6 y 10 de junio de 2011.

relativo al cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó al Estado mexicano en el caso Radilla Pacheco¹⁷⁶.

Empero, el menor no tiene facultades legales para convenir ni tiene capacidad de ejercicio para comprometerse o someterse a la potestad del padre, madre o tercero que ejerce sobre él la patria potestad; luego entonces, estamos ante una situación atípica, pues no es un caso similar u homologa a la de un notario público, una Universidad, un hospital o un concesionario de facultades delegadas del Estado. Razón por la cual, es posible afirmar, que se puede dar la violación a la dignidad y los derechos humanos del niño por sus padres como actos de particulares en exceso o defecto, en ejercicio de una función pública de guarda y de custodia que por ministerio de ley que le es concedida a los padres, no para un sometimiento, sino, como una obligación para educarlos y encauzarlos en el desarrollo de su vida y crecimiento.

Ahora bien, la patria potestad la entendemos como el ejercicio legítimo de subordinación, más no de poder, sobre los menores de edad, con el fin principal de su guarda, custodia y educación; para Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía es una institución derivada del vínculo paterno-materno filial que relaciona ascendientes con descendientes. Se considera un poder concedido a los ascendientes como medio para cumplir con sus deberes respecto a la guarda, custodia, crianza (cuidar, alimentar, dirigir, educar) y formación de sus descendientes, por ello, se equipara a una función pública¹⁷⁷.

Pero, ¿el ejercicio de la patria potestad genera una autoridad formal y materialmente en contra o a favor de las niñas, niños y adolescentes? o ¿solo estamos ante un ejercicio de

¹⁷⁶ Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, publicada en el D.O.F. el día 04 de octubre de 2001.

¹⁷⁷ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Ed. Oxford, 2012, p. 266.

un derecho de particulares para la educación y corrección del infante dada su minoría de edad que requiere de los diversos cuidados y orientaciones al caso? Considero que las preguntas de momento no tienen respuesta categórica, ya que será la práctica forense la que nos vaya dando luz al respecto. Lo cierto es que el ejercer los derechos derivados de la patria potestad y custodia de manera abusiva y violenta, sí vulneraría los derechos de los niños, que están regulados y normados en las diferentes leyes y convenciones internacionales que se estudiarán en el siguiente capítulo de esta investigación.

Ahora bien, al ejercer la patria potestad y custodia, sí se pueden violar los derechos humanos del niño al entender la patria potestad como un cúmulo de facultades aplicadas de manera unilateral a la esfera jurídica personal y patrimonial del mismo, que deben ejercerse de manera ordinaria y, procurando su protección, en aras de su educación y formación. No debe considerarse el ejercicio en sí, como violatoria de sus derechos, sino al contrario, el no ejercer adecuadamente aquella, también se puede incurrir en omisiones graves en contra del niño. Por último, el ejercicio de la patria potestad puede configurar un acto de particulares que afecte o lesione derechos fundamentales del niño, cuando de manera unilateral se ejerza o se descuide por abandono de manera absurda y abusiva en contra del niño.

1.11.- Vulnerabilidad del niño frente a sus padres, cuando estos los abandonan

No se debe terminar este capítulo inicial, sin repasar de manera conceptual la vulnerabilidad del niño frente a sus padres; lo que nos lleva a preguntarnos en primer término ¿Qué es vulnerabilidad?, luego ¿Si la vulnerabilidad trasciende al mundo del derecho? y por último, si ¿Los padres vulneran los derechos del niño al abandonarlos o no cuidarlos en un entorno de familia?

De este modo, podemos apuntar que la vulnerabilidad es un estado relacional donde el sujeto es puesto por una condición social de minusvalía a un tratamiento diferenciado. Para el Diccionario de la Lengua Española, la vulnerabilidad es el sujeto que puede ser herido o recibir lesión, física o moral¹⁷⁸. Se entiende entonces, por grupos vulnerables a todos aquellos que, ya sea por su edad, raza, sexo, condición económica, características físicas, circunstancia cultural o política, se encuentran en mayor riesgo de que sus derechos sean violentados¹⁷⁹. Por lo que tratándose de niñas, niños y adolescentes en relación con la vulnerabilidad, son o pueden ser sujetos de afectación en su persona o esfera patrimonial por quienes se relacionan jurídico-familiarmente con ellos.

Conforme al Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF por sus siglas en ingles) -México los niños, niñas y adolescentes forman el grupo más vulnerable de sufrir carencias y privaciones en sus derechos básicos como alimentación, salud, vivienda, educación¹⁸⁰, entre otros y por ende, pueden estar en una situación de riesgo constante. Continúa advirtiéndolo el informe, que los niños que viven en zonas rurales enfrentan más dificultades o desventajas que los niños que viven en las ciudades, siendo los niños indígenas los más afectados o vulnerables¹⁸¹.

Hay que advertir también, que los casos de agresión, abandono o afectación de los derechos fundamentales de los niños, muchas veces es invisible a los ojos de las instituciones o autoridades y de la sociedad misma en general, lo que los pone en la situación de vulnerables frente a la familia y sociedad, ya que muchas veces ocurren los hechos en el seno o intimidad de las familias¹⁸².

¹⁷⁸ Diccionario de la Lengua Española (<http://lema.rae.es/drae/?val=vulnerable>), consultado el día 12 de noviembre de 2014.

¹⁷⁹ www.cndh.org.mx/principal/document/derechos/fr_derech.htm (consultado el día 23 de marzo de 2016).

¹⁸⁰ <http://www.unicef.org/mexico/spanish/17046.htm> (Fecha de consulta el día 20 de noviembre de 2014).

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest2s.pdf> (consultado el día 22 de marzo de 2016). Unicef Innocenti Digest, p.4.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL MARCO NORMATIVO

En este segundo eje temático de la investigación se abordan y analizan los ordenamientos jurídicos en torno a la familia, los niños y los derechos humanos de estos últimos. Se inicia con los derechos en el ámbito internacional a partir de los años 50's¹⁸³. Estos ordenamientos se han ido moldeando en beneficio de los niños, quienes estaban en un estado de invisibilidad jurídica total para evolucionar a un estado o situación de reconocimiento pleno de sus derechos, poniéndolos como centro de atención y reconocimiento de su estatus como persona jurídica.

La aportación doctrinal de Martha Elba Izquierdo Muciño y Adriana Jaimes Fonseca en su publicación “Los niños y niñas. Un grupo vulnerable en México”, indican que los primeros esfuerzos que se hicieron a nivel internacional para lograr el reconocimiento de derechos propios de niñas y niños y su respectiva protección jurídica se realizaron con la Declaración de Ginebra de 1924:

... Se trata de un documento elaborado por la Asociación Internacional de Protección a la Infancia, concretamente por la pedagoga Engantine Jebb (Jiménez García, 2000). Este instrumento fue aprobado por la Sociedad de las Naciones predecesora inmediata de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de diciembre de 1924¹⁸⁴.

De ahí que se afirma, que la primera mención acerca de los derechos de los niños en un texto legal a nivel internacional lo fue en el año de 1924; sus antecedentes fueron los catastróficos resultados de la Primera Guerra Mundial, como lo afirma Farith Simon:

¹⁸³ Tómese en cuenta que la situación del niño en el marco normativo internacional empezó, aunque de manera somera, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; anterior a ello, subsistía una miopía normativa de gran calado, o como afirman algunos autores, entre ellos Farith Simon, que los niños solo eran propiedad de los padres, *Derechos de la niñez y adolescencia*, Cevallos, Ed. Ecuador, 2008, p. 31, tomando en cuenta además, la Declaración de Ginebra de 1924.

¹⁸⁴ Cfr. Martha Elba Izquierdo Muciño y Adriana Jaimes Fonseca, en su publicación “Los niños y niñas. Un grupo vulnerable en México” <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2014.1790>, *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 6, 1-21, marzo 2014 (Consultado el día 22 de marzo de 2016).

Varias instituciones se avocaron a la elaboración de una “Carta del Niño” con la intención de llamar la atención de la comunidad internacional, acerca de los “... deberes de la Humanidad hacia la infancia, y provocar una transformación de las leyes y una reforma de las costumbres (25). En este contexto es que Englantyne Jebb, fundadora de la “Unión Internacional de Socorro a los Niños”(26), quien había sido responsable de la creación de un “ fondo para salvar a los niños” que morían debido al bloqueo impuesto en Europa por los aliados a los vencidos, redactada en 1922 las bases de una declaración de los derechos de los niños, la que se entrega al Comité Ejecutivo de la Unión Internacional de Socorro a los Niños”[sic] que el 17 de mayo de 1923 la adopta como la “Declaración de los Derechos del Niño”. Esta fue inmediatamente difundida y llega a tener tal impacto que el 26 de Septiembre de 1924, la Quinta Asamblea de la Sociedad de las Naciones, la aprueba bajo el nombre de la “Declaración de Ginebra”¹⁸⁵.

La Declaración de Ginebra determinó los deberes para los Estados hacia los niños, más no como derechos de los mismos, ya que como se viene asumiendo en esta investigación, el niño era solo objeto de protección u objeto de cuidados, más no sujeto de derechos¹⁸⁶. Por su importancia, transcribimos para su mejor comprensión los cinco principios básicos de la Declaración de Ginebra de 1924:

Primero.- El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.

Segundo.- El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el retrasado estimulado; el extraviado debe ser conducido; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.

Tercero.- El niño debe ser el primero en recibir socorros en épocas de calamidad.

¹⁸⁵ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 40.

¹⁸⁶ Repasar lectura de la doctrina tutelar o de la situación irregular, p. 43. de esta investigación.

Cuarto.- El niño debe ser dotado de medios con que ganarse la vida, y debe ser protegido contra toda explotación.

Quinto.- El niño debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos¹⁸⁷.

Este instrumento jurídico internacional es de gran valía, representa el esfuerzo internacional con el que se consideró a los niños con diversos cuidados especiales; también, fue un documento importante en materia jurídica, ya que fue el antecedente básico del gran andamiaje jurídico tanto internacional como nacional que permitió el desarrollo en favor de la niñez. No obstante, vale la pena asentar las siguientes consideraciones en razón del avance doctrinal sobre la materia de niños, niñas y adolescentes y su situación prevalente.

Al respecto, seguimos las ideas de Martha Elba Izquierdo Muciño y Adriana Jaimes Fonseca, quienes opinan que deben destacarse dos aspectos importantes de análisis de esta Declaración: primero, que sin duda, su aprobación constituyó uno de los avances más importantes desde el punto de vista jurídico, pues hasta en 1924, no había ningún acuerdo entre los Estados que consideraran como tema central, la protección especial a las niñas y los niños. Segundo, fue el contenido de los principios: a) La declaración no estableció una definición o criterio objetivo para determinar quiénes debían ser considerados niñas y niños. b) Se adopta una visión integral del desarrollo de niñas y niños al señalar que para lograr éste –desarrollo– debían tener condiciones de normalidad en un sentido material, moral y espiritual. c) También se consideró que las niñas y los niños eran objeto de protección y ayuda ya que debían ser educados y en su caso reeducados. d) Se admitió la existencia de niños desadaptados que debían ser reeducados, dando como resultado el sistema asistencial o tutelar. e) El documento también incluyó la posibilidad de enseñar al niño a ganarse la vida, es decir, a trabajar,

¹⁸⁷<http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf> (Consultado el día 26 de marzo de 2016).

que conforme a las nuevas tendencias jurídicas laborales los niños no deben de trabajar, salvo casos muy excepcionales y que en su oportunidad abordaremos¹⁸⁸.

Otro momento histórico importante, en relación al avance de los derechos de los niños, niñas y adolescentes fue la creación de la Organización de las Naciones Unidas¹⁸⁹, que como preámbulo anunciaba: “... la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”¹⁹⁰. Asimismo y derivado de las diversas preocupaciones de la infancia, se fundó a nivel internacional el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF por sus siglas en ingles) en 1946, que tuvo como objetivo inicial la de brindar auxilio a los niños que fueron víctimas de la Segunda Guerra Mundial¹⁹¹, con lo que se iniciaron diversas tareas en beneficio de la misma.

Lo expuesto, muestra de manera sucinta los antecedentes directos y origen de las diversas normas internacionales y nacionales que regulan los derechos y deberes entorno al niño y la familia, a partir de los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Vamos ahora a continuar con la exposición de los respectivos sistemas normativos en relación a los derechos exclusivos del niño y de las diversas obligaciones que tienen los Estados, la sociedad, la familia y muy en especial los padres de aquellos.

¹⁸⁸ Cfr. Martha Elba Izquierdo Muciño y Adriana Jaimes Fonseca, en su publicación “Los niños y niñas. Un grupo vulnerable en México <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2014.1790>, Revista sobre la Infancia y la Adolescencia, 6, 1-21, marzo 2014 (Consultado el día 22 de marzo de 2016).

¹⁸⁹ <http://www.un.org/es/about-un/> (Consultado el día 26 de marzo de 2016).

¹⁹⁰ <http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html> (Consultado el día 26 de marzo de 2016). En su caso consultar la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁹¹ Para mayor información de la UNICEF, consultar <http://www.unicef.org>.

2.1.- Breve reseña del sistema universal, interamericano, nacional y local sobre los derechos humanos del niño

Las normas jurídicas en torno al niño se pueden sistematizar en cuatro ámbitos debidamente interrelacionados: un sistema principal de carácter universal, donde participan la mayoría de los países o Estados del mundo para atender problemas o conflictos que afectan a la humanidad por entero, y en particular del niño, que como sujeto de derechos es parte de las comunidades. Se trata de un sistema interamericano, que impacta a los países signantes de América Latina preocupados por regular e identificar la figura del niño en torno a sus derechos.

Un sistema normativo nacional, donde México, se ha preocupado por regular y resaltar el interés superior del niño, poniendo a éste en una situación de protección integral y total de su persona y sus derechos. Asimismo, y no menos importante, el sistema normativo local, que abarca el espacio territorial de Baja California, donde el gobierno del Estado ha promovido las normas y reformas necesarias para adecuarse al sistema normativo nacional en favor de los niños, como lo fue inclusive la expedición de la Ley para la protección y defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes del Estado de Baja California, apenas publicada el día quince de abril del 2015, además de otorgarse los derechos que vienen a consumir y proteger de manera efectiva tales prerrogativas al infante. Analizaremos a continuación en el orden expuesto, las normas jurídicas que se relacionan con el niño, la familia y los derechos humanos o prioritarios de aquel.

2.2.- Sistema normativo universal

A la luz de los amplios y profundos acuerdos y declaraciones internacionales se vislumbra un cúmulo de derechos humanos en favor de las niñas, niños y adolescentes en su esfera personal, familiar, educacional y patrimonial. Se afirma que es a partir de la etapa de internacionalización de los derechos humanos, como lo expone Carolina

León Bastos, que se han incrementado la cantidad de tratados y convenios internacionales referentes a los mismos¹⁹², en beneficio y extensión para todas las personas del orbe. Por ende, la normativa internacional es un referente obligado para analizar dada su máxima importancia, para estos efectos, iniciamos con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

2.2.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁹³ es un instrumento universal adoptado y proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁹⁴ en el que se reconoce que la libertad, la justicia y la paz en el mundo que tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Se considera esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Por ende, fue el 20 de diciembre de 1948, que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en particular el artículo 2 establece:

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.
[...] ¹⁹⁵.

¹⁹² León Bastos, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, España, Ed. Reus, 2010, p. 57.

¹⁹³ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 11.

¹⁹⁴ Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, de las Naciones Unidas.

¹⁹⁵ <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (consultado el día 26 de marzo de 2016).

Esta norma internacional no contenía ni contiene ninguna referencia a la edad de la persona, pero no cabe duda de que las niñas y niños son considerados personas y por tanto titulares de derechos¹⁹⁶, con las reservas de la iniciación de la teoría de la situación irregular antes expuesta. Para la Declaración Universal de Derechos Humanos “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia que deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”¹⁹⁷. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona¹⁹⁸. Por lo que se declara de manera categórica el derecho del ser humano a que se respete su dignidad, su derecho a la vida, la libertad y seguridad personal. En suma, desde el preámbulo de la Declaración se enfatiza la existencia de la familia, que se define como un derecho humano de las personas. Por su importancia para esta investigación se transcriben los artículos 16, 25 y 26 de la Declaración de los Derechos Humanos, con sus respectivos comentarios:

Artículo 16.-

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 42.

¹⁹⁷ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 12.

¹⁹⁸ *Ibíd*em p.12.

¹⁹⁹ *Ibíd*em, p. 14.

De esta manera, se reconoce por las Naciones signantes de la Declaración Universal que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, reconocida en la norma ordinaria, tienen derecho a formar un matrimonio constituido con respeto a su libertad de elección sin injerencia de terceros; además, que la familia como institución básica de la sociedad, se identifica como objeto de derecho, que debe ser protegida por la sociedad y el Estado. De lo que se infiere también el derecho consustancial del niño a formar parte de una familia que lo proteja, forme y eduque. Primer premisa del derecho humano a vivir y pertenecer a una familia que, al abandonarlo lo privaría de ella de manera grave.

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.

Esta disposición establece el derecho a un nivel de vida adecuado para todas las personas y la familia en cuanto a su salud y su bienestar, con especial atención a los alimentos, el vestido, la vivienda y los servicios sociales indispensables para asegurar tales derechos. Aquí, es oportuno repetir lo aportado por Manuel Chávez Ascencio respecto de los diversos derechos de la familia, que divide para su estudio en derechos familiares de la persona y derechos sociales de la familia; los primeros se refieren a aquellos derechos innatos y fundamentales a todo ser humano, que le corresponden *per*

se, y los segundos, las prerrogativas de familia como grupo social, ya comentados en esta investigación²⁰⁰.

El segundo punto por demás importante, se refiere a que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados especiales, sin indicar la edad respectiva para considerar quienes están en la infancia; también, aportó de manera puntual, que no se debe distinguir entre los hijos nacidos en matrimonio y los nacidos fuera de él, teniendo todos los niños derechos iguales, superando las ideas tradicionales civilistas de considerar o crear hijos de primera clase –privilegiados- e hijos de segunda clase como lo fue el Código Civil de 1884 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que identificaba a los hijos espurios²⁰¹, con menos derechos que de los hijos legítimos.

Artículo 26.-

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

²⁰⁰ Cfr. Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho; derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, México, Ed. Porrúa, 1984.

²⁰¹ Güitrón Fuentevilla, Julián, *Tratado de derecho civil*, México, Ed. Porrúa, 2014, p. 231.

La Declaración proclama también, el derecho de toda persona a la educación, al mandar que tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto de sus libertades fundamentales. Se entiende con claridad, el derecho irrestricto de los niños a la formación y educación, ya no cabía pensar que el precepto en referencia se refería sólo a los adultos, pues al indicar humano, se está incluyendo a todos, esto es, a los menores también. Asimismo, se reconoce el derecho preferente de los padres para elegir el tipo de educación para estos²⁰², que si bien es cierto, es un avance normativo el reconocer tal derecho a la educación, hoy por hoy y, conforme a las líneas de esta investigación, habremos de abordar si ese derecho de los padres – preferente- es absoluto o relativo en función al interés superior del niño²⁰³.

2.2.2.- Declaración de los Derechos del Niño

La Declaración de los Derechos del Niño²⁰⁴ es el instrumento proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁰⁵, en el que se reconoce que el niño por su falta de madurez física y mental necesita de cuidados y protección especiales, incluida la protección integral legal, tanto antes como después de nacido. Resulta de vital importancia que el niño tenga una infancia feliz y pueda gozar de diversos derechos que se deben orientar conforme a diversos principios que serán rectores en las actividades de las autoridades, de las normas legales y políticas públicas a desarrollar en favor del bienestar del niño.

²⁰² Hernández Pradas, Sonia, *El Niño en los conflictos armados: marco jurídico para su protección internacional*, Cruz Roja Española, Ed. Valencia, 2001, p. 42.

²⁰³ Cabe señalar, que si bien es cierto que los padres tiene el derecho a elegir la educación para sus hijos, estos tiene también a sus propias convicciones de acuerdo a su desarrollo emocional y de acuerdo a su entorno familiar, siempre y cuando no se les ponga en riesgo; el niño no está obligado a profesar una religión en particular, dado el Estado laico de que gozan los diversos países de occidente y para el caso de México, los límites establecidos en el artículo 3ro Constitucional, que conforme a los últimos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando un derecho humano, tenga restricciones en la propia Constitución, prevalecerá esta sobre la –supuesta- supremacía del Tratado Internacional, como lo sería esta Declaración Universal en relación con al punto 3 del artículo 26, que indica que el derecho preferente es de los padres.

²⁰⁴ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 25.

²⁰⁵ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en su resolución 1386 (XIV).

Esta Declaración de los Derechos del Niño de 1959, es el primer instrumento jurídico que trata a la infancia como sujeto de derechos, limitándose en el mismo instrumento en su Preámbulo al determinar que tiene como “fin [...] tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian. Se dirigía exclusivamente a los responsables de la protección de esos derechos...”²⁰⁶. Esto es, considerar las acciones de protección por el propio bien del menor, como se ha apuntado en el cuerpo de esta investigación en el apartado de doctrinas sobre los estudios del niño.

Los principales principios rectores de la Convención en torno a la familia y el niño se refieren a que el niño disfrutará de todos los derechos humanos para su debido desarrollo. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia”²⁰⁷. Por lo que se establece el respeto de los derechos del niño, que al formar parte de la familia, deben quedar garantizados por sus propios padres, sociedad y Estado. Nace en consecuencia el principio del *interés superior del niño*, basado en las prácticas, políticas y acciones tendientes a buscar la mejoría integral del niño y de su familia.

Así mismo, se establece que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión²⁰⁸. Siempre que sea posible, deberá crecer

²⁰⁶ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 44.

²⁰⁷ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 26.

²⁰⁸ Recordemos la teoría del apego desarrollada a finales de la Segunda Guerra Mundial, que significa que para su adecuado desarrollo los niños tienen una necesidad básica biológicamente determinada y especialmente activa durante los tres primeros años de vida, en la cual, deben mantener una relación estable con un adulto que les proporcione contacto, seguridad y afecto; “necesidad que es relativamente independiente y se encuentra al nivel de las necesidades de subsistencia, por lo que el cuidado afectivo estable tiene una gran importancia en el desarrollo infantil.” Adroher Biosca, Salomé, Gómez Bengoechea, Blanca y Berastegui Pedro-Viejo, Ana. Dykinson, España, Revista: Se busca familia para un niño. Perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad

al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente de los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados para su subsistencia, así como para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole²⁰⁹.

Por lo que, el niño como sujeto de derecho, debe proveérsele todo lo necesario para su adecuado desarrollo en el ámbito de una familia, donde se le provea de amor y comprensión. En el caso de un niño de corta edad, no debe ser separado de su madre, salvo casos excepcionales, y tanto la sociedad y las autoridades públicas asumen la obligación de cuidar a niños sin familia, o que carezcan de los medios adecuados para su subsistencia, en aras del interés superior del niño y de la misma sociedad.

Por la importancia de los diez principios de la Declaración de los Derechos del Niño, se transcriben íntegramente para su mejor comprensión, por ser una de las bases más importantes para la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño elaborado más adelante en 1989:

Principio 1.- El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio 2.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros

2015. p. 20, expuesto en nuestro subcapítulo 1.4.- Las diferencia entre niño, niña y adolescente de esta investigación.

²⁰⁹ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 26.

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.

Principio 3.- El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Principio 4.- El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Principio 5.- El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Principio 6.- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Principio 7.- El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Principio 8.- El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio 9.- El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio 10.- El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes²¹⁰.

Una vez analizado la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos del Niño que fueron bases fundantes para la redacción y aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante apuntar también respecto a dos instrumentos de derechos que incorporan normas desde dos perspectivas a saber: protección especial y el reconocimiento de la familia como el espacio óptimo para el crecimiento de los niños y niñas, garantizando a la familia que pueda dirigir la educación de sus hijos, como lo afirma Farith Simon, y que además apunta respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que:

²¹⁰<http://oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf> (Consultada el día 26 de marzo de 2016).

... Estas dos convenciones tienen regulaciones que tratan sobre la educación, salud, vida familiar, justicia, etc. de la infancia y adolescencia, pero no son instrumentos específicos para la infancia. De hecho en las décadas del sesenta y del setenta la discusión se centró sobre si realmente era necesario establecer los derechos de los niños en un instrumento de carácter obligatorio, ya que había una serie de dudas: ¿los derechos de los niños y niñas reducen los derechos de los progenitores? ¿Los hijos e hijas pueden tener un poder jurídico propio por fuera de su familia? ¿Niñas y niños son autónomos con respecto de sus padres?²¹¹

Las preguntas enunciadas intentaremos responder al abordar el Capítulo Tercero denominado: *El abandono del niño por sus padres*, donde se analizará si el niño goza de un derecho autónomo e inclusive por encima o prevalente a los derechos de sus padres o familia. En este mismo sentido, los dos pactos internacionales apuntados, son importantes abordarlos en este análisis normativo, que comprenden lo relativo a cuidados o protección especial, la familia como centro o espacio idóneo para el crecimiento de los hijos y el derecho de aquella para escoger la educación, éstos en términos generales. Pasemos a revisar estos pactos.

2.2.3.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹²

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹³ respondió al compromiso internacional de los Estados parte de la ONU de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas integradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se identifica al individuo con deberes y derechos recíprocos para el bienestar de la humanidad. El numeral 10 –el más oportuno para el análisis- indica que los Estados parte reconocen:

²¹¹ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p 47.

²¹² Fecha de adopción el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor internacionalmente: 3 de enero de 1976. Entrada en vigor para México: 23 de junio de 1981.

²¹³ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 46.

1.- Se debe reconocer a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. Que el matrimonio debe contraerse con libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2.- Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3.- Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición, como la aberrante distinción que tiempo atrás se hacía de hijos espurios, sacrílegos o incestuosos. Debe protegerse a los niños y adolescentes de la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal. Los Estados deben establecer límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

2.2.4.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹⁴

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹⁵, al igual que el anterior instrumento, respondió al compromiso que los Estados parte de la ONU, asumían de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas determinadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en lo referente que:

Artículo 6.-

²¹⁴ Fecha de adopción el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor internacionalmente: 23 de marzo de 1976. Entrada en vigor para México: 23 de junio de 1981.

²¹⁵ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 57.

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la protección y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

Reconociendo en primer orden el respeto irrestricto de la vida a toda persona, por ende, se reconoce el respeto a la vida del niño; asimismo, la disposición de la prohibición de aplicar pena capital a persona menor de 18 años, creándose el parteaguas legal de la edad mínima de manera somera pero determinante, que inclusive sirvió de base para posteriores instrumentos legales internacionales.

Artículo 23.-

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Por lo que, se adopta el criterio universal que: 1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y se merece debida protección. 2.- Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. 3.- El matrimonio debe celebrarse de manera libre. 4.- Los Estados Partes deben asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en un matrimonio²¹⁶.

Asimismo, el Pacto Internacional establece que el niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiera, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. También, todo niño debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre y de adquirir nacionalidad”²¹⁷.

²¹⁶ *Ibíd*em, p. 66.

²¹⁷ *Ibíd*em.

Lectura del artículo 24.-

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

El pacto internacional en análisis, reforzó el anunciado pero aun no tan claro principio: “interés superior del niño” a quien se le reconoce como sujeto de derechos; así como la obligación de la familia (consustancial de la sociedad) de respetar los derechos humanos proclamados en la tan anunciada Declaración Universal de Derechos Humanos en favor del niño²¹⁸.

2.2.5.- Convención sobre los Derechos del Niño

En la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁹ se afirma, que los Estados parte reconocen a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y, en particular de los niños, que deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad²²⁰.

²¹⁸ Artículo 24 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

²¹⁹ Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1989; entrada en vigor a nivel internacional: 2 de septiembre de 1990; vigente en México a partir del 21 de octubre de 1990.

²²⁰ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 133.

También, se reconoce que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia; en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, debiéndose preparar al niño para una vida independiente en la sociedad y ser educado con el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas. Con lo que se comienza a distinguir la importancia del niño en el centro de la familia y ésta, a su vez, en el centro de la sociedad. Se utilizan los adjetivos “felicidad”, “amor” y “comprensión”, como elementos base para la atención amplia del niño y su desarrollo pleno y armonioso, como punta fundamental de actividad y esfuerzo de las naciones, familias y sus sociedades²²¹.

La Convención establece que el niño no debe ser 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, tal separación. Además, en caso de ordenarse la separación del niño de su familia, el Estado deberá garantizar que el niño y sus padres separados mantengan relaciones personales y contacto directo a modo regular, salvo, el interés superior del niño que la convivencia le sea perjudicial²²².

También queda regulado que bajo ningún pretexto el niño puede ser sujeto de intervenciones arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, o ataques a su honra o reputación, debiendo garantizarse por el Estado el derecho y las acciones para protegerlo contra tales injerencias²²³.

²²¹ Como nota general para el lector, las Naciones Unidas declaró “año internacional del niño”, el año de 1979, con lo que se llama la atención a nivel mundial sobre la situación de la infancia y la necesidad de reconocer y respetar sus derechos; asimismo, en ese año de 1979, comienzan las tareas para redactar la Convención sobre los Derechos del Niño; referencia: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=32399&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Consultada el día 29 de marzo de 2016). También para conocimiento del lector, el año internacional de la familia fue declarado en 1994 (15 de mayo de 1994); referencia: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/47/237> (Consultado el día 29 de marzo de 2016).

²²² Artículo 9 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

²²³ Artículo 16 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Así pues, el niño es considerado como sujeto de derechos y no sólo como objeto de protección, lo que implica que sus derechos y su dignidad debían ser garantizados y respetados, así como sus derechos humanos a tener y desarrollarse en una familia; familia que por sí mismo es un derecho humano, en la cual, además, debe garantizarle su armonioso desarrollo y bienestar²²⁴. En este tenor, el derecho humano a la familia del niño, comienza a tener relevancia jurídica convirtiéndose en un derecho prevalente para el mismo, siendo ahora, el niño, el centro de la familia, la cual debe girar, en términos de derecho y de protección social, en su primordial beneficio.

Este instrumento internacional, según la opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A, no. 17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su párrafo 29, establece que “la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por casi todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. El gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris comunis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia”²²⁵. Esto destaca la trascendencia de esta Convención sobre los derechos de niño representa para la comunidad. Más aún, en opinión de Elena Calvo Blanco, se considera la Convención Sobre los Derechos del Niño, un instrumento jurídico que abarca todo el espectro de los derechos humanos, esto es, reconoce tanto derechos civiles, políticos como económicos, sociales y culturales, afirmando con ello que el disfrute de un derecho no puede ser separado del goce de todos los demás derechos²²⁶.

En su sistematización este instrumento se integra con 54 artículos, en tres apartados: parte I, de los derechos que guían a la convención y reconociendo en su artículo 1ro. que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que,

²²⁴ A partir de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se abandona la teoría de la Situación Irregular y se inicia con la teoría de la Protección Integral, comentadas en el Capítulo Primero de esta investigación.

²²⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf (Consulta el día 29 de marzo de 2016).

²²⁶ Calvo Blanco, Elena, *Compilación de los Derechos del Niño*, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1998, p.4.

en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad²²⁷, la parte II, los compromisos a los principios de la convención que los Estados parte deben cumplir, y la parte III, el proceso de ratificación de los Estados.

2.3.- Sistema normativo interamericano

Los instrumentos conforme al sistema normativo interamericano²²⁸ tienen particular importancia para esta investigación, ya que retoman el reconocimiento del derecho humano que tiene toda persona de formar y pertenecer a una familia; además, de ser la familia, el espacio consustancial del hombre –como ser humano- y que el Estado debe reconocer en beneficio de la misma. Los Estados americanos también se han preocupado por establecer directrices que tiendan a cumplir el irrestricto respeto del derecho humano a una familia y de estar exenta de violencia o afectaciones que menoscaben o deterioren su constitución y desarrollo a través de diversos medios y normas impuestas por el Estado parte.

Es oportuno recordar, que el sistema interamericano y su jurisdicción, no son una nueva y última instancia jurisdiccional para resolver conflictos entre los particulares y el órgano nacional, sino, más bien, de carácter subsidiario, al confrontar los actos y las situaciones jurídicas generales en el marco nacional frente a los compromisos internacionales, donde la Corte Interamericana de los Derechos Humanos tiene competencia contenciosa²²⁹, que en el caso particular de México, el respeto de los derechos humanos es una directriz irrestricta a seguir por el Estado en beneficio de la persona.

²²⁷ Conforme a la doctrina prevaleciente se considera una de las mayores aportaciones de la Convención al tema de la niñez.

²²⁸ 2.3.1.- Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, 2.3.2.- Convención Americana sobre derechos humanos, Pacto de San José Costa Rica, 2.3.3.- Opinión consultiva OC – 17/2002, del 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño.

²²⁹ Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, Ed. UBIJUS, 2011, p. 65.

Afirma Ignacio Francisco Herrerías Cuevas que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha dispuesto que “la responsabilidad internacional de los Estados en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes*, de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, concentradas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado”²³⁰. Por lo que resalta la importancia institucional de respetar los derechos humanos de los niños, impuestos en los diversos tratados interamericanos, en los que el Estado Mexicano sea parte.

Cabe apuntar, a manera de referencia, que en al ámbito interamericano, el primer instrumento sobre derechos del niño fue la “Tabla de los Derechos del Niño”²³¹ de

²³⁰ *Ibíd*em, p. 68.

²³¹ http://www.iin.oea.org/tabla_de_los_derechos_del_nino.htm (Consultado el día 26 de marzo de 2016). Para mayor claridad citamos completo el documento para su lectura: “Tabla de Derechos del Niño” del 9 de junio de 1927, presentada durante la inauguración del Instituto Interamericano del Niño, siendo su contenido el siguiente: 1. Derecho a la vida. Suma de todos los derechos por la sola razón de haber nacido. Derecho a la casa para habitar, a la atención materna, al reconocimiento obligatorio por el padre, con todos los deberes que la paternidad impone, a la supervigilancia del Estado para el desarrollo y su prosperidad fisiológica. 2. Derecho a la Educación. Primera asistencia a los Jardines de Niños, Kindergarten. Segundo ciclo: escuela primaria. Abolición del sistema de escuelas de ciudad. Abolición de la enseñanza verbalista y libresca. Reintegración del niño al seno de la naturaleza, por medio de una escuela de actividad, de trabajo, de alegría, - Parques Escolares, - para lograr las reacciones de cuerpo y alma, - salud, inteligencia y emoción, - y preparar los obreros de su propio destino y de la grandeza social. 3. Derecho a la educación especializada. Escuelas de salud, al aire libre, de bosque, de pradera, de escuelas al sol, para los anormales, los tarados, los enfermos, los débiles. 4. Derecho a mantener y desarrollar la propia personalidad. Estudio de las vocaciones, sistemas capaces de la orientación espiritual sin artificios, que sólo puede lograrse en los Parques Escolares, en la vuelta a la naturaleza, por reacción de lo íntimo frente a la vida exterior. Reconocimiento, en la práctica de los sistemas educacionales, del derecho a ser niño, de vivir y sentir como tal, libre de la fría artificialidad de la escuela – claustro y del dogma pedagógico que la informa. 5. Derecho a la nutrición completa. Derecho de la madre a criar a su hijo. Seguro del Estado para las madres sin recursos. Servicio de gota de leche. Instalación de merenderos escolares. Instalación de Escuelas – Refectorios para menores que trabajan antes del cumplimiento integral de esta tabla de Derechos. 6. Derecho a la asistencia económica completa. Este derecho significa la obligatoriedad de los padres, o en su defecto del Estado, a asegurar al niño la situación económica sin angustias. Derecho a la vivienda, al vestido, a todas las oportunidades de bienestar que el trabajo del hombre pone al servicio del progreso del mundo. 7. Derecho a la Tierra. Tierra para habitar. Reconocimiento del derecho del niño a ocupar su lugar en el mundo, por la sola razón de haber nacido. Tierra para trabajar puesta a su alcance en los Parques Escolares, para el desarrollo de sus energías, de su impulso vital, de su inquietud, de sus facultades de observación, para aprender por sí mismos en el vasto panorama del universo y comprender que la vida es una ley inmutable de solidaridad en el esfuerzo creador. 8. Derecho a la consideración social. Todo para el niño, Abolición de la distinción jurídica entre hijos legítimos e

1927, presentada a propósito de la inauguración del Instituto Interamericano del Niño. Otros instrumentos aprobados en este ámbito regional son: la Carta Constitucional de la Niñez, aprobada en la Conferencia de Casa Blanca de 1930; la Declaración de Oportunidades para el niño, aprobada por el VII Congreso Panamericano de (sic) Niño de 1942 y, la Declaración de Caracas sobre la Salud del Niño, adoptada en el IX Congreso Panamericano de Niño de 1948²³². Estos son antecedentes normativos mucho antes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en seguida analizamos.

2.3.1.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²³³

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²³⁴ establece que: “toda persona tiene el derecho o prerrogativa para constituir una familia, que se considera como elemento fundamental de la sociedad y, que debe recibir protección de esta”. En esta forma, esta Convención configura a la familia como un elemento consustancial a la sociedad y por ende, un derecho fundamental para toda persona, que debe ser protegida por disposiciones de carácter legal en su beneficio.

En la Declaración se establece, que los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás y considera a los menores como sujetos de derecho; los

hijos naturales. El hijo, es solamente hijo. El niño tiene derecho a sus padres. Transformación de los asilos de huérfanos y reformatorios de menores, donde el sistema de "Pabellón" anula la personalidad, en colonias familiares, de educación y de trabajo, organizadas en pequeños núcleos sociales y confiadas a padre y madre que sumen el afecto de sus hijos el de un pequeño grupo de niños sin hogar. 9. Derecho a la alegría. Reconocimiento sin retaceos de este derecho, en la vida familiar sin angustia económica, en la escuela activa en el seno de la naturaleza, en la educación sin artificios, en la mesa con pan, en el hogar con lumbre. Derecho al aire y la luz, a la tierra en que se siembra, al fuego que calienta y al agua que purifica. Derecho a ser niño para ser hombre, a formar con cuerpo sano y alma limpia los obreros de la libertad, los arquitectos de la conciencia del mundo. 10. La suma de estos derechos del niño forma el derecho integral: derecho a la vida. De su reconocimiento y su observancia depende la grandeza de los pueblos. En la salud, la alegría, la formación sin trabas de los niños para la cultura, para el trabajo, para la libertad y la cooperación reposan los valores del destino del hombre en una etapa nueva de la historia.

²³² Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 39, al pie de página.

²³³ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> (Consultada el día 30 de marzo de 2016).

²³⁴ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

custodios en aras de educarlos e instruirlos, tienen el deber de respetar sus derechos – de los niños- y en reciprocidad los menores también deben de respetar y obedecer a sus progenitores o custodios. También, toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus menores hijos y estos a su vez, tienen el deber de honrar a sus padres y de asistirlos en reciprocidad; la violación a este precepto se traduce en la afectación directa al bienestar general y particular del niño al privársele en su caso de: alimento, educación y protección por parte de sus padres.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se integra en 38 preceptos estructurados en dos capítulos: de los derechos y de los deberes. Establece que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona, con lo que se coloca al niño en la esfera de protección de su persona, dado su carácter de ser humano, además de articular la igualdad de la ley frente a todos.

Asimismo, el derecho que como persona se tiene a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación, vida priva y familiar, tomando en cuenta que las limitaciones que se generan por virtud de normas de orden público para el bienestar armónico del niño, por ningún motivo se consideran ataques arbitrarios, sino al contrario limitaciones que vienen a sostener la diferenciación y prevalencia entre derechos considerados como primarios y secundarios del mismo²³⁵.

²³⁵ Sirve de ilustración la siguiente tesis aislada intitulada: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. PARA SU ADECUADA PROTECCIÓN EN EL TRÁMITE DE LA ADOPCIÓN, EN CASO DE COLISIÓN ENTRE DERECHOS PRIMARIOS Y SECUNDARIOS, POR REGLA GENERAL, DEBEN PREVALECER LOS PRIMARIOS. Época: Décima Época, Registro: 2011199, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 04 de marzo de 2016 10:15 h, Materia(s): (Constitucional), Tesis: III.2o.C.53 C (10a.). El interés superior del menor, es una institución jurídica compleja, que pretende que todos los poderes, así como los órdenes de gobierno, emprendan cualquier acción que esté a su alcance para asegurar el bienestar de los menores. Sin embargo, dentro de los intereses superiores del menor, surgen distintos derechos que pueden clasificarse en primarios y secundarios. Los primarios o básicos deben observarse en todo niño, sea adoptado o no, pues son necesarios para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; por ejemplo: crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; el derecho a la educación, a jugar, a descansar, a alimentarse y a la salud, por mencionar algunos. En tanto los derechos secundarios, son aquellos que el legislador reconoce en las normas, para que los niños que aún no cuentan con los primarios (o sólo parcialmente), puedan acceder a éstos. Uno de ellos, en sentido amplio (lato sensu), es la adopción y, en sentido estricto (stricto sensu), es el derecho al debido proceso en la adopción. Ahora

Otro postulado que debemos destacar, es el artículo XVII de la Declaración, que establece que toda persona tiene derecho a que se le reconozca, en cualquier parte, como sujeto de derechos y obligaciones y, a gozar de los derechos civiles fundamentales, lo que implica que el niño se encuentra también reconocido como sujeto de derechos y también de obligaciones, como en el trayecto de esta investigación habremos de desarrollar en su oportunidad.

2.3.2.- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José Costa Rica

La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica²³⁶, considera los principios consagrados en la Carta de la Organización de los

bien, el Juez a cuya potestad se someta el trámite de adopción, debe realizar un ejercicio de ponderación, en caso de que exista una colisión entre dos derechos que pretenden tutelar el interés superior del menor; uno primario, verbigracia, el derecho a permanecer con una familia adoptiva que, presumiblemente, satisface sus necesidades básicas de afecto y atención, y uno secundario, por ejemplo, el derecho a que quien otorgó el consentimiento para que se le adoptara fuera debidamente asesorado por el Consejo de Familia. En este tipo de conflictos, Robert Alexy ("La Construcción de los Derechos Fundamentales", primera edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, páginas 30 y 31), plantea que, a fin de decidir qué derecho debe prevalecer sobre otro, es factible aplicar la "ley de la ponderación". La mencionada regla, en esencia, postula: "cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro". De acuerdo con tal postulado, la ponderación, puede dividirse en tres "pasos" o "escalones". En el primer escalón, se trata del grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios. A éste sigue, en el segundo escalón, la determinación de la importancia de la satisfacción del principio contrario. Por último, en el tercer nivel, se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. Con base en lo anterior, por regla general, deben prevalecer los derechos primarios, frente a los secundarios que, en su mayoría, son de carácter procesal, porque, el interés superior del menor, como institución que rige el actuar de los poderes públicos, obliga a que los juzgadores, en todo momento, adopten las decisiones que produzcan mayor beneficio para el desarrollo presente y futuro del infante; y, entre los derechos primarios e insoslayables que para su bienestar tiene todo niño, no sólo los adoptados, están el derecho al desarrollo cognitivo, psicológico y emocional, lo que se encuentra por encima de aquellos meramente adjetivos que, precisamente, fueron establecidos por el legislador para que el menor alcanzara el bienestar que ya obtiene con la familia adoptiva. Máxime cuando un derecho procesal secundario pone en riesgo uno primario, pues sería un contrasentido que se le diera preponderancia frente al bien jurídico tutelado que justifica su existencia. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 280/2015. 30 de octubre de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Manuel Ayala Reyes. Esta tesis se publicó el viernes 04 de marzo de 2016 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

²³⁶ Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1969; entrada en vigor a nivel internacional: 18 de julio de 1978; vigente en México a partir del 24 de marzo de 1981.

Estados Americanos²³⁷, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmando el derecho humano a formar parte y tener una familia en sentido integral.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos²³⁸ establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, por lo que se debe considerar al niño como persona jurídica y por ende, se deben respetar sus derechos como tal. También, es oportuno expresar que la Convención establece el respeto irrestricto del derecho a la vida, esto es, que nadie tiene la facultad o atribución de privar de la vida a otro, ni el Estado, ni la sociedad, de ahí, que tampoco los padres tienen derecho de privar la vida de sus hijos o afectarla, más aún, tienen el deber y la obligación de respetar la dignidad intrínseca de aquellos, ya que el derecho a la vida, es un derecho supremo de que goza todo ser humano, tanto niños, como adultos.

Se establece la protección legal de la familia, declarando que ésta, es el elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegida por la sociedad y el Estado; que todo hombre y mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia. Como nota oportuna, la Convención indica que los hijos nacidos fuera de matrimonio como los nacidos dentro del mismo gozan y deben gozar de igualdad de derechos frente a sus progenitores²³⁹.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado²⁴⁰. Esto es, que la familia es la célula necesaria para el irrestricto respeto de los derechos humanos que todo

²³⁷ Consultar Carta de la OEA en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm (Consultada el día 30 de marzo de 2016).

²³⁸ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 369.

²³⁹ Artículo 17 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

²⁴⁰ Artículo 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

miembro debe respetarse, así como la sociedad y el Estado. La familia es pues el derecho humano necesario para que los integrantes de la misma se puedan desarrollar plenamente como individuos y como miembros de una comunidad y Estado al que pertenecen y muy en especial los niños como titulares del derecho humano a pertenecer a una familia en la que puedan desarrollar plenamente toda su personalidad.

La Convención alude a los deberes de las personas y establece que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática²⁴¹. Por lo que se determina que los miembros de la familia son sujetos obligados a respetar con base a las libertades y límites que impone el derecho de respetar el derecho humano a la familia para y en beneficio de cada uno de sus integrantes, así como de sociedad y de la estructura democrática de la mismo Estado.

De este modo, queda claro que la comunidad internacional tiene el interés y el derecho legítimo de reconocer y proteger a la familia y a sus miembros que la integran y, muy en especial, a los niños quienes deben contar una familia, que con amor, cariño y comprensión los deben de formar para la vida de adultos independientes. Luego entonces, todos los miembros de la familia deben respetar los deberes y obligaciones que con motivo de la familia tienen, para garantizar el respeto del derecho humano de todos sus integrantes. Cabe apuntar que el derecho humano del niño a tener una familia es con total independencia si es hijo nacido fuera o dentro de un matrimonio, ya que él es sujeto de derecho de familia, con dignidad humana e identidad propia.

Por lo que concluimos que el reconocimiento de los derechos humanos que enmarca la Convención Americana, que son esenciales al hombre –y claro, al niño- no nacen del

²⁴¹ Artículo 32 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

hecho de ser nacional de determinado Estado o país, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana²⁴², razón por la cual, se justifica inclusive la protección internacional a través de los tratados o convenciones internacionales, como un mecanismo coadyuvante o complementario al derecho interno²⁴³.

²⁴² Sirve de explicación referente a derechos de la persona humana de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la siguiente tesis aislada intitulada: DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. ALCANCES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL JUICIO RELATIVO, CUANDO AQUÉLLA SE IMPUGNA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. De los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3, 4 y 6 a 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York, N.Y., el 20 de noviembre de 1989, y 1, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, ambos instrumentos internacionales suscritos por México, deriva el deber del Estado de adoptar las medidas adecuadas para asegurar los derechos humanos de los menores y preservar su desarrollo. Así, entre estos derechos está el de identidad, que integra un conjunto de atributos de la personalidad de gran trascendencia, tanto desde el punto de vista psicológico, como jurídico. Ahora bien, en los juicios de desconocimiento de paternidad se cuestiona un vínculo biológico pero, de resultar éste inexistente, no se establece filiación alguna. Es decir, a diferencia de un juicio de reconocimiento de paternidad, en el que posiblemente un varón asuma ciertas obligaciones frente a un menor, el efecto jurídico de estimar fundada una acción de desconocimiento de paternidad será la destrucción del vínculo filial, con la ulterior privación de los derechos alimentarios y hereditarios a cargo del presunto padre, así como de los lazos que vinculan al menor con sus parientes. En este sentido, el derecho a la identidad, si bien involucra el conocimiento del origen biológico de una persona, no se agota en tal elemento, pues también abarca el compromiso político del Estado tendiente a garantizar a los niños la preservación de los vínculos familiares; de ahí que el derecho a la identidad no tiene el alcance de establecer que la presunción legal de filiación derivada del matrimonio deba ceder ante cualquier circunstancia a la realidad biológica. Esta determinación tiene sustento en la debida protección hacia el menor, que puede haber desarrollado una confianza legítima y pertenencia hacia el cónyuge varón a partir de un vínculo de años, y en la materialización de su interés superior, que involucra una pluralidad de derechos y lazos afectivos valiosos para su formación. Época: Décima Época, Registro: 2005450, Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. XXIV/2014 (10a.). Página: 649. Amparo directo en revisión 1321/2013. 4 de septiembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Esta tesis se publicó el viernes 7 de febrero de 2014 a las 11:16 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Así como la intitulada: CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU APLICACIÓN ES DE NATURALEZA SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. Época: Décima Época, Registro: 2005942, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II. Materia(s): Común. Tesis: (III Región) 5o. J/8 (10a.).Página: 1360.

²⁴³ Sirve lo comentado en esta investigación respecto de la aportación de Ignacio Francisco Herreras Cuevas, respecto de la responsabilidad internacional de los Estados en el marco de la Convención Americana (Herreras Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, Ed. UBIJUS, 2011, p. 65).

2.3.3.- Opinión consultiva OC – 17/2002, del 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño

El 30 de marzo de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica), en relación a los niños y sobre criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención²⁴⁴.

La Comisión expuso como antecedentes, que distintas legislaciones y prácticas de los países americanos no era plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacerse pasar a segundo plano (dichas garantías). Esto, en consideración a que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial eran (podían ser) menoscabados o restringidos, que inclusive podía perjudicar otros derechos reconocidos cuya efectividad dependía de las garantías judiciales como el derecho a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad y a la protección de la familia. Lo que implicaba una violación directa a los derechos humanos de los niños por no ser tratados como sujetos plenos de derechos, sino, como simples objetos de protección²⁴⁵.

De ahí, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclaró “premisas interpretativas” donde consideró, que diversas autoridades estatales aplicaban al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de los menores de manera

²⁴⁴ http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf (fecha de consulta el día 02 de mayo de 2015).

²⁴⁵ *Ibíd.*

deficiente y, por ende, propiciaban el debilitamiento a las garantías judiciales de éstos, exponiendo:

- a. Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.
- b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías.
- c. Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.
- d. La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso²⁴⁶.

El 24 de abril de 2001, la Secretaría de la Corte inició el trámite de rigor, recibiendo observaciones respectivas por estados interesados y organismos gubernamentales y no gubernamentales, entre ellos el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes²⁴⁷, como se puede apreciar del punto 15 de dicha opinión consultiva. Por ello y, después del procedimiento de la opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyó que “niño” o “menor de edad” es toda persona que no

²⁴⁶ Punto 3 de la Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de Agosto de 2002.

²⁴⁷ Para conocer el trabajo del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, puede revisar: <http://www.iin.oea.org/> (Consultado el día 31 de marzo de 2016).

haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de la ley respectiva²⁴⁸. De ahí que concluyó con los siguientes trece puntos:

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.
2. Que la expresión “interés superior del niño”, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
3. Que el principio de igualdad no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.
4. La familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

²⁴⁸ Tal y como lo estipula el artículo 1ro. de la Convención sobre los Derechos del Niño. Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1989; entrada en vigor a nivel internacional: 2 de septiembre de 1990; vigente en México a partir del 21 de octubre de 1990.

5. Debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.
6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.
7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.
8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales.
9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.

10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca Juez competente, independiente e imparcial, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción, audiencia y defensa.
11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.
12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Que los casos como el abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponden a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.
13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con

especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos²⁴⁹.

Por consiguiente queda claro que la situación del niño frente al derecho interamericano le es benéfico y protector, ya que se debe proteger en su persona –del niño- como sujeto de derechos y no como cosa u objeto de los mismos, aunque se vea involucrado en temas de carácter delictivo; todo, en aras de su desarrollo pleno y armonioso teniendo la familia, la comunidad y el Estado la obligación de procurar el respeto irrestricto a sus derechos²⁵⁰.

2.4.- Sistema normativo nacional

En el sistema normativo nacional a partir de las reformas constitucionales de 2011, se reforzaron los derechos humanos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁵¹, con la que se da inicio a un nuevo paradigma en la que se considera de gran trascendencia el estatus de la persona como tal. Con la reforma constitucional cambió el título primero, capítulo primero, de las garantías individuales al de título de los derechos humanos y sus garantías, lo que permite distinguir entre el derecho y los mecanismos jurídicos para preservar y garantizar ese derecho, esto es, hacerlos efectivos en favor de la persona – sujeto de derecho.

Los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana, superiores al poder del Estado. La dignidad de la persona es su origen, su esencia y su fin para que el individuo desarrolle integralmente su personalidad, como afirma Ferrer Mac-Gregor²⁵²;

²⁴⁹ Punto 137 de la Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de Agosto de 2002.

²⁵⁰ Conforme al punto 33 de la Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de Agosto de 2002, la misma solo tiene por objeto desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre los derechos humanos.

²⁵¹ Reforma constitucional del 10 de junio de 2011, publicada en el Diario Oficial de la Federación.

²⁵² Ferrer Mac- Gregor, Eduardo y otros, *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo I, p.5.

con lo que nuestro sistema constitucional y legal prevalece el respeto a esa dignidad inherente a toda persona.

Con esto, México asume un compromiso político, social e institucional con la finalidad de respetar los derechos humanos y más aún, conforme a los anteriores compromisos asumidos a nivel internacional e interamericano, el respeto a la esfera jurídica del niño. Muy en particular es la Convención Sobre de los Derechos del Niño de 1990 donde se comprometió el Estado mexicano a adecuar sus instituciones bajo la perspectiva de la protección integral de los derechos del niño. Por ende, se da inicio a importantes modificaciones a las instituciones, políticas y normas relativas de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concretizándose a partir del año 2000, que como en breve analizaremos, destacando el reconocimiento pleno de los derechos de los niños.

Se impulsa así, el desarrollo de los derechos fundamentales y humanos de los niños para favorecerlos en todos los aspectos de su vida, con los que puedan desarrollar plenamente todas sus facultades y capacidades. De este modo, se modifican por su importancia y trascendencia, los preceptos constitucionales primero, tercero y cuarto, en lo que se abarcan los aspectos trascendentales de la persona del niño; primero, su derecho o derechos humanos establecidos en la constitución o tratados internacionales que deben ser reconocidos por igual tanto adultos como niños; el derecho humano a la educación como un mecanismo social, político y sobretodo jurídico, con el cual la niña, niño y adolescente pueda desarrollar plenamente todas sus potencialidades, así como lo dispuesto por el artículo cuarto constitucional que alberga además de los derechos humanos, que en su oportunidad se transcribirán, el respeto al irrestricto al principio del interés superior del niño. Además, la Constitución Política Mexicana como norma fundante contiene en todo su cuerpo legal derechos humanos en favor de las personas y por ende del niño.

2.4.1.- Bases constitucionales

El artículo primero constitucional reformado el 10 de junio de 2011²⁵³, establece entre otros derechos humanos, la igualdad en los derechos fundamentales; la interpretación conforme que significa que en los conflictos de derecho, se debe interpretar conforme a lo más favorable al individuo, así como de la obligación de todas las autoridades de promover, respetar y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, tal y como se lee del artículo en comento:

Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías

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

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

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

²⁵³ Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

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

De la lectura de este precepto constitucional, se pueden desprender tres puntos importantes:

- Que todas las personas gozan de los derechos humanos. Tomando en cuenta que el niño cabe dentro de esta denominación persona para efectos de gozar de los derechos humanos, como además, se asentó en la Opinión consultiva OC – 17/2002, del 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño, vista en el punto 2.3.3, de esta investigación.
- Conforme a la misma constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se favorecerá en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Cabe apuntar, que conforme al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si bien es cierto, que toda autoridad debe garantizar y respetar los derechos humanos de las personas en lo más favorable, debemos considerar que si subsiste una restricción en materia de derechos humanos, se deberá estar a lo dispuesto en la constitución y no al tratado o convención internacional²⁵⁴. Además, en materia de derechos del niño y del interés superior

²⁵⁴ DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo

del mismo, en la constitución mexicana, más que encontrar limitaciones o restricciones, apreciamos un desarrollo integral sustentable en favor de los niños.

del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano. Época: Décima Época, Registro: 2006224, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.). Página: 202. Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Tesis y/o criterios contendientes: Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO." y "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: "DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS." y "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052. El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce. Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

- Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esto es que los derechos humanos van en expansión, en aras de otorgar al ser humano el mayor trato digno como tal. Que los derechos humanos en su contenido, no tienen jerarquías unos de otros, sino, que son interdependientes e indivisibles, resolviendo en su caso, diversos conflictos, bajo las reglas de ponderación cuando dos principios están en colisión²⁵⁵.

El derecho humano es entonces permanente, continuo, inalterable y por igual a todos los seres humanos incluidos aquí a los niños. Actualmente los derechos humanos son las condiciones elementales de sobrevivencia²⁵⁶, como la vida, libertad, igualdad, alimentación, vivienda, entre otros.

Por su parte, el artículo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que, “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios–, impartirá educación preescolar,

²⁵⁵ Para mayor información consúltese: CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO. Época: Novena Época. Registro: 162408. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Abril de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. XCVII/2010. Página: 305. Dada la estructura de las normas constitucionales es posible que existan supuestos en los que éstas entren en conflicto. Esto es especialmente cierto en el caso de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión porque en diversos supuestos no se contemplan expresamente todas sus condiciones de aplicación. La labor de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación consiste en precisar, a través de la resolución de casos concretos, las condiciones de precedencia de las normas constitucionales en conflicto. En este sentido, cuando tienen lugar contradicciones entre distintos principios constitucionales con motivo de situaciones concretas se utilizan distintas técnicas argumentativas, como la ponderación, que permiten resolver este tipo de problemas. Amparo directo en revisión 612/2009. Maricela González Cervantes. 24 de marzo de 2010. Mayoría de tres votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Javier Mijangos y González y Arturo Bárcena Zubieta. Nota: Por instrucciones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta tesis que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXII, agosto de 2010, página 357, se publica nuevamente con la corrección en el primer apellido del segundo de los secretarios mencionados.

²⁵⁶ Burruel Huerta, Leopoldo, *Principios Constitucionales, desde la Constitución Mexicana hasta la Corte*, México, Ed. Porrúa, 2013. p. 29 y 30.

primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias²⁵⁷. La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia²⁵⁸.

De la interpretación de este precepto se desprende, que la educación en México está organizado en cuatro niveles: preescolar, primaria, secundaria y media superior; que la educación considerada como básica comprenden de hasta secundaria y obligatoria hasta la media superior. La educación universitaria es parte del sistema educativo nacional que también imparte el Estado. Establece la fracción VII del mismo numeral tercero constitucional que, “... las Universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas...”²⁵⁹. Se determina en esta forma, que la educación Universitaria tiene como finalidades, la educación, la investigación y difusión de la cultura, en beneficio de toda la sociedad.

Ahora bien, el sistema educativo de México, constituye un importante pilar de desarrollo y progreso del país. Desde 1921, que se creó la Secretaría de Educación Pública, orientada a fortalecer la enseñanza laica y el espíritu nacional por encima de regionalismos²⁶⁰, se fue desarrollando la estructura social del país en beneficio de toda la sociedad, lográndose superar un analfabetismo del 80%, -“... Al caer el gobierno

²⁵⁷ Diario Oficial de la Federación del 09 de febrero de 2012.

²⁵⁸ Artículo 3ro. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

²⁵⁹ Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 2013.

²⁶⁰ Brom, Juan, *Esbozo de Historia de México*, México, Ed. Grijalbo, 2001, p. 285.

porfirista, más del 80% de la población era analfabeta...”²⁶¹, a un porcentaje del 6.9% en la población de 15 años, en el 2010²⁶². Es importante resaltar que un sistema educativo nacional básico y obligatorio, adecuado y funcional a la realidad de la sociedad, con retos como la globalización, medios masivos de comunicación, educación a distancia, tecnologías de la información, entre otros, se constituye en un factor estratégico de su población, como lo es “la educación es necesaria para poder ejercer plenamente los derechos políticos”²⁶³, Es decir, una buena educación, genera buenos ciudadanos, que por ende, genera una sociedad más justa y progresista, por lo que es importante, mantener un sistema nacional educativo adecuado a la realidad social, que sirva para el desarrollo humano integral sustentado en la ciencia y la cultura.

Cabe agregar, que la educación como un derecho humano, debe ser progresiva y dinámica, es decir, que se vaya integrando a la curricula educativa en atención a los avances de la ciencia y la tecnología, a las necesidades de la globalización y las telecomunicaciones, así como de las tecnologías de la información, que impactan en toda la sociedad universal en general y por supuesto en los altos valores humanos que sustenta la ética de este derecho humano a la educación, conforme a la fracción II, inciso c), del artículo tercero constitucional plantea como objetivo central, que deberá contribuir al aprecio por la integración de la familia²⁶⁴, y cito:

“ ... c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de

²⁶¹ Ibídem, p. 284.

²⁶² <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P>. (Consultado el día 14 de octubre de 2015).

²⁶³ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio, Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 248.

²⁶⁴ La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos, ...”²⁶⁵.

Se reconoce así, que la educación es un puente que une al individuo con el conocimiento, con la finalidad de hacer personas de bien, que piensen en mejorar la forma de vida en sociedad para una mejor convivencia en común. La Convención sobre los derechos del niño²⁶⁶ ya estudiado, en su artículo 28 establece el derecho de los niños a la educación, a fin de que se puedan desarrollar amplia y armónicamente²⁶⁷. Por lo que ningún niño debe quedar excluido de la educación, ya que es un derecho humano, que el Estado como actuación pública está obligado a brindar de manera obligatoria y gratuita, como lo es la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior –como es el caso en México-, que le permita (al niño) adquirir el conocimiento e interiorizar los valores para su pleno desarrollo personal.

Pasando a la legislación secundaria, conforme al artículo 2 de la Ley General de Educación, se encuentra que la educación es el medio fundamental para adquirir, transmitir y acrecentar la cultura; es el proceso permanente que contribuye al desarrollo del individuo y a la transformación de la sociedad y, es factor determinante para la adquisición de conocimientos y para formar a mujeres y a hombres, de manera que

²⁶⁵ Artículo tercero constitucional, fracción II, inciso c).

²⁶⁶ Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1989; entrada en vigor a nivel internacional: 2 de septiembre de 1990; vigente en México a partir del 21 de octubre de 1990.

²⁶⁷ Lectura del Artículo 28.- 1. 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; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados; d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. 2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. 3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

tengan sentido de solidaridad social²⁶⁸. Asimismo, se establece que todo individuo tiene derecho a recibir educación de calidad y, por lo tanto, todos los habitantes del país deben tener las mismas oportunidades de acceso al sistema educativo nacional, y muy en especial los niños, como un factor que contribuya a su desarrollo pleno de todas sus capacidades y habilidades.

Continuando con la legislación secundaria, el artículo 57 de la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que en breve se estudiará, establece el derecho a la educación de los mismos, con calidad que contribuya al conocimiento de sus propios derechos y, basada en un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva, que garantice el respeto a su dignidad humana.

Conforme a lo expuesto, se puede resumir que la educación en México está estructurada de la siguiente manera, para contribuir el derecho humano del niño a ser educado, conforme a una garantía a la instrucción como derecho humano a la educación²⁶⁹. El siguiente cuadro ejemplifica este derecho humano:

Nivel	Edad/cursarse	Grados
Preescolar	3 a 5 años	2 grados
Primaria	6 a 11 años	6 grados
Secundaria	12 a 14 años	3 grados
Bachillerato	15 a 17 años	3 grados
Educación superior: Universidades, Normal y tecnológicos		

²⁶⁸ https://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/3f9a47cc-efd9-4724-83e4-0bb4884af388/ley_general_educacion.pdf (Consulta el día 15 de octubre de 2015).

²⁶⁹ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro De Jesús, *Derechos Humanos*, México, Ed. Oxford, 2011, p. 282.

* Elaboración propia en base a la información analizada en el presente subcapítulo.
Tabla número 1.

El artículo cuarto constitucional fue modificado por primera vez en 1974, para establecer la igualdad jurídica entre el varón y la mujer; la protección jurídica de la organización de la familia y la paternidad responsable²⁷⁰; no obstante el avance legal de la reforma constitucional, la misma no consideró el derecho de los niños para ser reconocidos como sujetos de derecho, omisión que consideramos pudo obedecer a que esta reforma fue muy anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), y que México adoptó hasta el año de 1990.

Fue entonces, el 18 de marzo de 1980²⁷¹, mediante reforma constitucional cuando se concibió por primera vez al niño como sujeto de protección, sin reconocerlo como sujeto de derechos; no obstante con la obligación de los padres para satisfacer sus necesidades alimentarias, de salud física y mental. Prevaleció en esta reforma aun la idea de tipo jurídico y social, que el tema de los niños, era un tema del ámbito privado, sin existir pautas o normas que permitieran la incursión (no intromisión), vigilancia y promoción de los derechos del niño en el seno de la familia. En este tenor, opina Manuel Calvo García que, “la violación a los derechos humanos del niño no habían sido entendidos como objetivo específico de intervención, sino hasta en épocas recientes y, más aún, no se percibía en el sistema jurídico como un problema social, ya que se disimulaba o velaba como un problema de tipo “privado” o “intimo” dentro del seno de la familia, por lo que no se justificaba la intervención estatal”²⁷².

²⁷⁰ Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1974.

²⁷¹ Diario Oficial de la Federación, 18 de marzo de 1980.

²⁷² Calvo García, Manuel, *Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de medidas y protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Zaragoza, España, trabajo 17, 2006.

México ratifica en 1990²⁷³ la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que obligó al Estado a adoptar los derechos básicos de los niños en el territorio nacional y fue hasta el día 7 de abril del 2000²⁷⁴, que este artículo cuarto constitucional fue nuevamente reformado para incorporar el reconocimiento de los niños y niñas como titulares de derechos en el ámbito constitucional. Derechos como la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo físico y emocional. El deber de los padres o custodios de preservar los derechos y a satisfacer sus necesidades; el reconocimiento de su dignidad como niños y niñas. Asimismo, se sustituyó el término legal de menores por el de niños y niñas. Pero por razones de falta de orden técnico legislativo, todavía no se apuntaba ni se hacía referencia al principio del interés superior del niño.

Aunado a esto, el 12 de octubre de 2011²⁷⁵, se reforma de nuevamente este artículo cuarto constitucional, para reconocer la garantía fundamental del interés superior del niño, en favor de éstos para la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y esparcimiento para su desarrollo integral²⁷⁶. Asimismo se mandata que son sujetos obligados, el propio Estado, llámese legislativo o autoridades administrativas y judicial, quienes deberán dirigir sus actuaciones y políticas en atención a tal principio de interés superior. Además, conforme a la reforma constitucional del artículo 73 Constitucional de 29 de enero de 2016, el Congreso de la Unión, tiene como facultad expedir leyes que establezcan concurrencia en la materia de derechos del niño:

XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los

²⁷³ Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1989; entrada en vigor a nivel internacional: 2 de septiembre de 1990; vigente en México a partir del 21 de octubre de 1990.

²⁷⁴ Diario Oficial de la Federación, publicado el día 7 de abril de 2000.

²⁷⁵ Diario Oficial de la Federación, publicado el día 12 de octubre de 2011.

²⁷⁶ Burruel Huerta, Leopoldo, *Principios Constitucionales, desde la Constitución Mexicana hasta la Corte*, México, Ed. Porrúa, 2013, p. 61.

mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte²⁷⁷.

Del análisis del artículo cuarto constitucional, se desprende que la familia tiene derechos y obligaciones respecto de los miembros de la misma y de los niños, que se resumen en los siguientes términos:

La familia tiene derecho:	Son obligaciones de los miembros de la familia:
Ser protegida y apoyada por Estado en la salud, información, educación, trabajo, seguridad social y vivienda.	Colaborar conforme a sus capacidades y posibilidades en las tareas para el bienestar familiar como la higiene, aporte económico, entre otros.
Que el Estado garantice el cumplimiento de sus derechos independientemente del modelo familiar.	Establecer conjuntamente –todos los miembros de la familia- las reglas, pautas y obligaciones al interior de la familia. La hegemonía parental ya no subsiste.
Centros de atención para la familia y los niños.	Respetarse entre los miembros integrantes de la familia y de manera prevalente el interés superior del niño.
Respetar su integridad como núcleo de familia.	Compartirse las responsabilidades y tareas para el mejor desarrollo de la familia.
Principio de interés superior de la niñez, en relación con todas las decisiones y actuaciones del Estado para garantizar de manera plena los derechos de los niños.	

* Elaboración propia en base a la información analizada en el presente subcapítulo.
Tabla número 2.

La legislación secundaria que concurre en esta materia se integra por diversas leyes de carácter nacional, como la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como legislación de carácter estatal como lo es la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de

²⁷⁷ Diario Oficial de la Federación, publicado el día 29 de enero de 2016.

Baja California, entre otras, que enseguida analizaremos para la fundamentación legislativa de este estudio.

2.4.2.- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes²⁷⁸

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de diciembre de 2014 y, abrogó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes²⁷⁹, de 29 de mayo de 2000, que reglamentó en primer orden, las disposiciones contenidas en las reformas constitucionales del 2000²⁸⁰ en materia de los derechos del niño. Conforme a un esquema normativo internacional, se establece el principio del interés superior del niño, que esta ley tiende a desarrollar. Esta normativa se estructura en seis títulos debidamente organizados en 154 artículos y 13 artículos transitorios, planteando como objetivos:

I. Reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos que establece el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II. Garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte;

²⁷⁸ Diario Oficial de la Federación, publicado el día 3 de diciembre de 2014.

²⁷⁹ Cuarto transitorio de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

²⁸⁰ Reforma Constitucional del artículo 4to. Constitucional del 7 de abril del 2000, donde se incorpora el reconocimiento de los niños y niñas como titulares de derechos a nivel constitucional, como lo son la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo físico y emocional. El deber de los padres o custodios de preservar los derechos y a satisfacer sus necesidades y el reconocimiento de su dignidad como niños y niñas.

III. Crear y regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a efecto de que el Estado cumpla con su responsabilidad de garantizar la protección, prevención y restitución integrales de los derechos de niñas, niños y adolescentes que hayan sido vulnerados;

IV. Establecer los principios rectores y criterios que orientarán la política nacional en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, así como las facultades, competencias, concurrencia y bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales del Distrito Federal; y la actuación de los Poderes Legislativo y Judicial, y los organismos constitucionales autónomos, y

V. Establecer las bases generales para la participación de los sectores privado y social en las acciones tendentes a garantizar la protección y el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como a prevenir su vulneración²⁸¹.

Es importante y trascendente bajo la regulación de esta ley, promover la participación del niño, tomar en cuenta su opinión y considerar sus aspectos culturales, éticos, afectivos, educativos y de su salud de las niñas, niños y adolescentes, en todo aquello que les incumba, de acuerdo a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez; esto es, que el niño tiene el derecho de expresarse en todas aquellas situaciones que le afecte, ya sea en su persona, integridad o patrimonio.

El interés superior de la niñez debe ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre cuestiones en que se involucren a las niñas, niños y adolescentes, debiendo interpretarse conforme a la solución más favorable en favor de éstos. Se da nacimiento a la figura de protección denominada “acogimiento residencial”, que serán los centros de asistencia social, como una medida de carácter subsidiario por parte del Estado (artículo 4).

²⁸¹ Artículo 1ro. de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Se establece en el artículo 5 que “Son niñas y adolescente los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad”. Por lo que no cabe duda en el sistema jurídico nacional, la edad de los niños y niñas, así como de los adolescentes y en su caso, ubicar a quienes ya son mayores de edad.

Como principios rectores de la Ley, se establece:

- I. El interés superior de la niñez;
- II. La universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en los tratados internacionales;
- III. La igualdad sustantiva;
- IV. La no discriminación;
- V. La inclusión;
- VI. El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;
- VII. La participación;
- VIII. La interculturalidad;
- IX. La corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades;
- X. La transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales;
- XI. La autonomía progresiva;
- XII. El principio pro persona;
- XIII. El acceso a una vida libre de violencia, y
- XIV. La accesibilidad.

En estos principios rectores se advierte el derecho humano del niño a pertenecer y formar parte de una familia, sobresale su interés superior, así como el reconocimiento a su identidad como persona, y con ello, garantizarles un nivel de vida adecuado.

Es oportuno para efectos de esta investigación, relacionar conforme a esta ley en estudio, los derechos que incorpora a favor de las niñas, niños y adolescentes (artículo 13):

- I. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;
- II. Derecho de prioridad;
- III. Derecho a la identidad;
- IV. Derecho a vivir en familia;
- V. Derecho a la igualdad sustantiva;
- VI. Derecho a no ser discriminado;
- VII. Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral;
- VIII. Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal;
- IX. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social;
- X. Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad;
- XI. Derecho a la educación;
- XII. Derecho al descanso y al esparcimiento;
- XIII. Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura;
- XIV. Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información;
- XV. Derecho de participación;
- XVI. Derecho de asociación y reunión;
- XVII. Derecho a la intimidad;
- XVIII. Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso;
- XIX. Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y

XX. Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, en términos de lo previsto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.

Este cúmulo de derechos se desarrollan para mayor claridad y explicación normativa, destacando, el derecho a vivir en familia, que es el objetivo central de esta investigación²⁸², como se desprende del artículo 22 de la Ley:

Artículo 22. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni causa para la pérdida de la patria potestad.

Niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y, en términos de las disposiciones aplicables, de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas. En todos los casos, se tendrá en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

Los casos en que las personas que ejerzan la patria potestad, por extrema pobreza o por necesidad de ganarse el sustento lejos del lugar de residencia, tengan dificultades para atender a niñas, niños y adolescentes de manera permanente, no serán considerados como supuestos de exposición o estado de abandono, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, libres de violencia y provean su subsistencia.

²⁸² El objetivo de la presente investigación se centra en analizar y determinar las normas que regulan a la familia y el abandono del niño por los padres, la afectación que tiene sobre el niño, así como los derechos humanos que le corresponden y su vulneración al ser sujeto del abandono.

Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de niñas, niños y adolescentes de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia.²⁸³

Así como gozar y tener un espacio o medio ambiente sano y sustentable con las condiciones suficientes y necesarias para su desarrollo, bienestar, crecimiento saludable y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, ético, cultural y social (artículo 43), que en su defecto, primero, le debe conceder su familia, por lo que debe entenderse la cercanía y convivencia constante, permanente y regular con su padres.

Se establecen las obligaciones que les corresponden a quienes ejercen la patria potestad, tutela, guarda o custodia de los niños. Entre ellos, garantizar los derechos alimentarios, el desarrollo de la libre personalidad, habitación, educación, vestido, atención médica y psicológica, así como recreación. Indica la normativa que estas obligaciones las tendrán los responsables en favor de los niños, aunque no habiten en el mismo domicilio. Consideramos, de acuerdo a la línea de esta investigación, los niños tienen el derecho humano a vivir en su familia, con sus progenitores, y no en dos domicilios, por lo que es base en los supuestos hasta qué grado se violaría los derechos del niño al no permitirle una familia, constituida por sus dos padres²⁸⁴.

²⁸³ También es oportuno dar lectura a los artículos 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en estudio.

²⁸⁴ Supuesto 1.- El sistema normativo actual de carácter universal, nacional, local y regional garantiza el respeto de los derechos humanos en relación al abandono familiar por sus padres en el seno de una familia. Supuesto 2.- Los niños son sujetos de derecho que las normas y políticas públicas tratan de manera diferenciada a los adultos dada su inmadurez natural, que se encuentran vulnerados por el abandono familiar. Supuesto 3.- Se garantizan de manera plena los derechos humanos del niño mediante las normas legales y políticas que se establecen para combatir y erradicar prácticas de abandono familiar, en específico por las autoridades encargadas al tema en el Estado de Baja California y el Municipio de Mexicali.

2.4.3.- Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil²⁸⁵

Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de octubre de 2011, y tiene como ejes centrales: Contar con herramientas legales que le permitan al Estado en su conjunto, atender de manera integral en favor de las niñas y niños sus diversos derechos. Establece esta ley la prevención de riesgos, tomando en cuenta de manera primordial la integridad de los niños y niñas; establece reglas específicas para la protección y cuidados infantiles a cargo de diversas instituciones de seguridad social, públicas o privadas; tener un control oportuno de registro de los establecimientos dedicados al cuidado infantil y sancionar a los que no cuenten con permisos, así como regular las actividades de las autoridades de todos los niveles de gobierno, estableciéndose su corresponsabilidad sobre el cuidado integral de los niños.

Incorpora esta ley también los derechos de los niños a la satisfacción de sus necesidades de salud, educación, alimentación, que de acuerdo con el mismo ordenamiento, son parte de los derechos sociales consagrados en los artículos tercero y cuarto constitucionales. Aunque esta normativa, no se refiere de manera específica a la protección de los derechos humanos de los niños, si es oportuno su exposición, dado que su ámbito material es la protección de los derechos de éstos en cuanto a la prestación de servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil, garantizando el acceso de los niños a servicios de guardería en condiciones de igualdad, calidad, calidez, seguridad y protección adecuadas a promover el ejercicio pleno los derechos de estos. Éstos son servicios subsidiarios y complementarios para los padres que ejercen la patria potestad y que en determinadas condiciones, dada la realidad y necesidad de trabajar, deben dejarlos de manera periódica y temporal al cuidado de terceros.

²⁸⁵ Diario Oficial de la Federación, del día 24 de octubre de 2011.

Cabe apuntar, que esta ley es aplicable al niño a partir de 43 días de nacidos (artículo 8, fracción I), lo que implica que hay una prohibición implícita en la norma de dar para guardería a niños menores a 43 días de nacidos, lo que se adminicula con los derechos laborales de la madre trabajadora de estar en permiso laboral para la atención de la maternidad²⁸⁶.

2.4.4.- Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito

En este sub apartado analizaremos algunas tesis de jurisprudencia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales colegiados han dispuesto en relación a los derechos de los niños, como el interés superior del mismo, principio de rango constitucional, como lo prevé el artículo cuarto constitucional: Interpretación de reglas de menores en situación de desamparo; el derecho del niño de conocer su origen genético, que constituye un bien jurídico constitucionalmente legítimo de mayor relevancia frente a los derechos derivados del concepto de familia; efectos familiares

²⁸⁶ Ley Federal del Trabajo, Artículo 170.- Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos: I. Durante el período del embarazo, no realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar de pie durante largo tiempo o que actúen o puedan alterar su estado psíquico y nervioso; II. Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto. A solicitud expresa de la trabajadora, previa autorización escrita del médico de la institución de seguridad social que le corresponda o, en su caso, del servicio de salud que otorgue el patrón, tomando en cuenta la opinión del patrón y la naturaleza del trabajo que desempeñe, se podrá transferir hasta cuatro de las seis semanas de descanso previas al parto para después del mismo. En caso de que los hijos hayan nacido con cualquier tipo de discapacidad o requieran atención médica hospitalaria, el descanso podrá ser de hasta ocho semanas posteriores al parto, previa presentación del certificado médico correspondiente. En caso de que se presente autorización de médicos particulares, ésta deberá contener el nombre y número de cédula profesional de quien los expida, la fecha y el estado médico de la trabajadora. II Bis. En caso de adopción de un infante disfrutarán de un descanso de seis semanas con goce de sueldo, posteriores al día en que lo reciban; III. Los períodos de descanso a que se refiere la fracción anterior se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa del embarazo o del parto; IV. En el período de lactancia hasta por el término máximo de seis meses, tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en lugar adecuado e higiénico que designe la empresa, o bien, cuando esto no sea posible, previo acuerdo con el patrón se reducirá en una hora su jornada de trabajo durante el período señalado; V. Durante los períodos de descanso a que se refiere la fracción II, percibirán su salario íntegro. En los casos de prórroga mencionados en la fracción III, tendrán derecho al cincuenta por ciento de su salario por un período no mayor de sesenta días; VI. A regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto; y VII. A que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales.

respecto de menores de siete años; qué debe entenderse por su normal desarrollo (interpretación de la fracción v del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal), y el concepto de Derecho de Familia, entre otras tesis que se analizarán en breve.

Cabe destacar, como preámbulo de este apartado, que el tema de los niños dejó de ser un tema privado y pasó a ser considerado un problema de salud pública, al que se deben dirigir esfuerzos públicos para proteger a los niños, aún en contra de quienes, se supone son sus principales custodios y educadores. Las niñas, niños y adolescentes son víctimas directas como indirectas al estar involucrados en situaciones de abandono o violencia entre sus padres o parientes cercanos, que les merma y genera trastornos de conducta, salud y baja autoestima²⁸⁷, lo que justifica indefectiblemente la intervención estatal para protegerlos y garantizar sus derechos humanos. Al respecto la siguiente tesis jurisprudencia de la Novena Época, implica respecto del interés superior del niño que:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4º. 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, 6 y 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 aceptó 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 éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

²⁸⁷ García de Ghiglino, Silvia S. y Acquaviva, María Alejandra, *Protección contra la violencia familiar*, Argentina, Ed. Hammulabi, 2010, p. 90.

Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.²⁸⁸

Con este criterio la Primera Sala asume el irrestricto respeto del principio del interés superior del niño fundamentado en el artículo cuarto constitucional antes analizado, así como de los compromisos adquiridos a nivel internacional, donde el Estado Mexicano debe tomar como principio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Con este criterio se refrenda la importancia del cúmulo de los derechos humanos del niño y de su respeto.

La siguiente tesis de jurisprudencia establece que el interés superior del niño es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de los menores ordenados en el artículo 4to Constitucional, decidiéndose que el:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. De acuerdo a una interpretación teleológica, 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 reformador 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

²⁸⁸ INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. (TA); 9ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 265. Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

expresamente en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como un principio rector de los derechos del niño.

Amparo directo en revisión 1187/2010. 1o. de septiembre de 2010. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Javier Mijangos y González²⁸⁹.

En la referida tesis se establece que conforme a una interpretación teleológica, el interés superior del niño es principio de rango constitucional, con el reconocimiento expreso de que, uno de los objetivos del Congreso de la Unión era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por el Estado Mexicano en materia de protección de los derechos del niño. Por lo que, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que el objetivo es proteger el interés superior del niño, como uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos del niño y que también debe ser respetado en ámbito interno – nacional, a través de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes abrogada y sustituida por la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes²⁹⁰, que le aplica la misma interpretación jurisprudencial.

La tesis que a continuación se explica determina plenamente el derecho del niño a ser atendido por el Estado, cuando la familia no lo atiende, generándose el estado de desamparo, dando luz en el marco normativo al concepto de *desamparo*, que se utilizará de manera recurrente en esta investigación al abordar el capítulo tercero por tratarse del derecho fundamental del niño a pertenecer a una familia, a una familia que debe ser la suya, la biológica.

²⁸⁹ INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. Tesis de Jurisprudencia de la 10ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; 1ro de Septiembre de 2010.

²⁹⁰ Diario Oficial de la Federación, publicado el día 3 de diciembre de 2014.

DERECHO DEL NIÑO A LA FAMILIA. SU CONTENIDO Y ALCANCES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO. Según lo dispuesto en los artículos 17.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños tienen el derecho a vivir con su familia, principalmente su familia biológica, por lo que las medidas de protección dispensadas por el Estado deben priorizar el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y cuidado del niño o niña. Si bien no queda duda de que el Estado mexicano se halla obligado a favorecer, de la manera más amplia posible, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar como medida de protección al niño, esta obligación implica también que, cuando la familia inmediata no puede cuidar al menor y lo haya puesto en situación de desamparo, se busque dentro de la comunidad un entorno familiar para él. En este sentido, el derecho del niño a la familia no se agota en el mandato de preservación de los vínculos familiares y la interdicción de injerencias arbitrarias o ilegítimas en la vida familiar, sino que conlleva la obligación para el Estado de garantizar a los menores en situación de abandono su acogimiento alternativo en un nuevo medio familiar que posibilite su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Lo anterior se refuerza ante las numerosas evidencias sobre los impactos negativos que el internamiento de niños y niñas en instituciones residenciales tienen sobre ellos. De ahí que encuentre plena justificación el carácter expedito del procedimiento especial previsto en el artículo 430 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal para los menores acogidos por instituciones públicas o privadas de asistencia social, cuya finalidad es precisamente la reintegración del niño o niña a una estructura familiar tan pronto como ello sea posible, tomando en consideración su interés superior. Época: Décima Época. Registro: 2009862. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCLVII/2015 (10a.). Página: 303. Amparo en revisión 504/2014. 4 de febrero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Esta tesis se publicó el viernes 04 de septiembre de 2015 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación²⁹¹.

²⁹¹ DERECHO DEL NIÑO A LA FAMILIA. SU CONTENIDO Y ALCANCES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO Tesis de Jurisprudencia de la 10ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su

En esta tesis aislada la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó el 4 de septiembre de 2015, que el niño tiene derecho a la familia; exponiendo y estableciendo que se debe entender por su contenido y alcance el concepto y relación al desamparo; funda su criterio en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se determina que, *los niños tienen el derecho a vivir con su familia, principalmente su familia biológica*, que es el tema fundamental de esta investigación, el asumir que cuando se abandona al niño por su familia –biológica- se le afecta de manera irremediable su cúmulo de derechos humanos.

Se entiende así, que las medidas de protección dispensadas por el Estado Mexicano, deben priorizar el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y cuidado del niño o niña. Antes de aplicar inclusive, las medidas subsidiarias que para el caso, se han ido desarrollando en favor de estos, los padres adquieren la atención relevante de asumir de manera contundente sus obligaciones para el respeto de los derechos fundamentales de los niños.

En caso de que los padres no asuman sus obligaciones respecto a proveer al niño de su derecho humano a su familia, el Estado deberá de manera inmediata garantizar acercar al niño a un entorno familiar. En este sentido, el derecho del niño a la familia no se agota en el mandato de preservación de los vínculos familiares y la no intervención de injerencias arbitrarias o ilegítimas en la vida familiar, sino que conlleva la obligación para el Estado, de garantizar a los menores en situación de abandono, su acogimiento alternativo en un nuevo medio familiar que posibilite su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

También es oportuno comentar la tesis del Décimo Tribunal Colegido en Materia Civil, respecto del derecho supremo del niño a saber o conocer su identidad; ese saber de origen con precisión de quienes son sus padres biológicos por encima de un derecho de tercero, o derecho procesal o administrativo de asignación de una familia que sustituya a la biológica, con lo que se justifica la situación de considerar que el abandono de la familia o desatención de los padres biológicos debe considerarse como una violación directa a su derecho fundamental a tener y pertenecer a su familia originaria por filiación.

MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA. Si bien dentro de los bienes y valores supremos inalienables tutelados por nuestra Constitución Federal, se encuentra, por un lado, la protección de la organización y el desarrollo de la familia, pues así se establece en el primer párrafo del artículo 4o. de la Norma Suprema, al disponer que "el varón y la mujer son iguales ante la ley, y que ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia", lo cual es entendible por ser ésta el origen de la sociedad, y en lo posible el núcleo de sus integrantes debe permanecer unido procurando su estabilidad, cohesión y ser protegida hasta el límite posible. Sin embargo, la propia Carta Fundamental, dentro del mismo precepto, establece los derechos de los niños en una igual dimensión, pues sus párrafos 5o., 6o. y 7o., sucesivamente, disponen que "los niños y las niñas tienen derecho, entre otros, a que el Estado debe proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos"; ante lo cual, puede apreciarse que la Constitución establece una misma jerarquía normativa tanto para la protección de la familia, como de los niños. En este contexto, dentro de la ponderación de los valores enunciados, esto es, el balance o contrapeso de un derecho frente al otro, el derecho de los niños a conocer su verdadera identidad tiene mayor peso, pues la posibilidad de conocer con exactitud su origen genético les brinda certeza en cuanto a su verdadera ascendencia, lo cual redundará en un beneficio psicológico y emocional, pues al conocer quiénes son sus legítimos padres les despierta un sentimiento de confianza, apoyo moral y pertenencia hacia su verdadero núcleo familiar, al saberse protegidos y

educados por quienes son sus auténticos progenitores. Esto finalmente resulta más provechoso para el menor por encima de la supuesta protección al grupo mediante la pretensión de forzar indebidamente la unidad de una familia, tratando de preservar el vínculo, aun a sabiendas de que entre sus integrantes puede existir uno o varios de ellos sobre quienes recae la sospecha de no existir un lazo filial real. Por tanto, acorde con la normatividad nacional e internacional que privilegia el interés superior de los menores, es inconcuso que la protección de los derechos de los niños merece una tutela mayor por ser la parte más débil dentro del concepto de la familia, y ser quienes pueden sufrir un mayor perjuicio dependiendo de la medida que se asuma; de ahí que cuando en un litigio el juzgador se ve ante la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación entre valores constitucionales iguales en categoría, o sea, escoger entre la protección del núcleo familiar, frente al derecho de los niños para conocer a plenitud su verdadera filiación, el primero debe ceder respecto del segundo. Época: Novena Época. Registro: 166625. Instancia: DECIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXX, Agosto de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: I.10o.C.73 C. Pág. 1661. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Pág. 1661. DECIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 268/2009. 1o. de julio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Pérez Grimaldi. Secretario: Ramón Hernández Cuevas²⁹².

Informa el criterio jurisprudencial, que la propia Carta Fundamental dentro del contenido del cuarto constitucional, mandata que los derechos de los niños están en una igual dimensión, pues sus párrafos quinto, sexto y séptimo, sucesivamente, consagran que "los niños y las niñas tienen derecho, entre otros, a que el Estado debe proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos". Se encuentra así, que la constitución ubica en una misma jerarquía normativa, tanto la protección de la familia, como la de los niños.

²⁹² MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA. Tesis Aislada de la 9na. Época; S.J.F. y su Gaceta; XXX, agosto de 2009, pág. 1661.

Por lo que en la ponderación de los valores de un derecho de familia frente al otro, como lo es el derecho de los niños a conocer su verdadera identidad, tiene mayor peso, la posibilidad de conocer con exactitud su origen genético, por la certeza a su verdadera ascendencia. Esta ponderación es en beneficio psicológico y emocional del niño, pues al conocer quiénes son sus legítimos padres despierta un sentimiento de confianza, apoyo moral y pertenencia hacia su verdadero núcleo familiar. El ejercicio de ponderación entre valores constitucionales iguales en categoría, como lo sostiene el Tribunal, de escoger entre la protección del núcleo familiar, frente al derecho de los niños para conocer a plenitud su verdadera filiación, el primero debe ceder respecto del segundo, argumenta el citado Tribunal.

La siguiente tesis de jurisprudencia, por el criterio sustentado, es trascendental desde dos aspectos: porque establece lo que se debe entender por desarrollo normal del niño y, que a raíz del interés superior del niño, la interpretación debe adecuarse a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño.

MENORES DE SIETE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). En términos de la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, existe la presunción legal de que los hijos menores de siete años deben quedar al cuidado de la madre, salvo que se acredite que con ella el desarrollo normal de dichos menores se encuentre en grave peligro. En esta tesitura, para desentrañar el sentido de la frase "desarrollo normal", debe acudir a la Convención sobre los Derechos del Niño, de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, instrumento internacional que es de referencia obligatoria cuando se involucra a un menor, de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precepto fundamental que, incluso, sitúa a esa convención por encima de las legislaciones ordinarias federales y locales. En esta tesitura, del preámbulo del referido instrumento internacional, así como de su artículo 9, punto 1,

se advierte que el desarrollo normal de un menor, es aquel que se produce cuando el entorno de éste le permite u otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con una percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; circunstancias que son posibles cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia, convivencia con sus padres - en tanto ello no le resulte más perjudicial que benéfico-, socialidad, comprensión en razón a sus aptitudes físicas y mentales, libre expresión de sus ideas dentro del marco de la moral y buenas costumbres, educación, información, desarrollo psicosexual correlativo a su edad, juego y esparcimiento, experiencias estética y artística y las libertades de conciencia y religión; de tal manera que la presunción legal que nos ocupa sólo puede desvirtuarse en el caso en que se acredite la existencia de un peligro inminente de privar al referido menor de alguna de las circunstancias antes descritas. Época: Décima Época. Registro: 160535. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C. J/68 (9a.). Página: 3624.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 560/2006. 11 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena.

Amparo en revisión (improcedencia) 12/2009. 19 de febrero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena.

Amparo directo 88/2009. 26 de febrero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena.

Amparo directo 126/2009. 16 de abril de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Román Fierros Zárate.

Amparo directo 286/2009. 25 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena²⁹³.

²⁹³ MENORES DE SIETE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Época: Décima Época, Registro: 160535, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C. J/68 (9a.), Página: 3624.

De esta tesis de jurisprudencia, se desprende, que se presume por ley que los hijos menores de siete años deben quedar a cuidado de la madre, salvo que se acredite que con ella, el desarrollo normal de los menores se encuentre en grave peligro²⁹⁴, que debe acudir a la Convención sobre los Derechos del Niño para poder desentrañar el sentido de la frase "desarrollo normal", que es aquello que se produce cuando el entorno de éste le permite u otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, su preparación para una vida independiente.

Que en tal ejercicio de protección, se deben garantizar las situaciones que hagan posible el respeto de la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia, convivencia con sus padres -en tanto ello no le resulte más perjudicial que benéfico-, socialidad [sic], comprensión en razón a sus aptitudes físicas y mentales, libre expresión de sus ideas dentro del marco de la moral y buenas costumbres, educación, información, desarrollo psicosexual correlativo a su edad, juego y esparcimiento, experiencias estética y artística y las libertades de conciencia y religión. Por lo que no preferir a la madre en custodia del menor, deberá ser en las condiciones antes apuntadas, esto es, que ella –la madre- ponga en peligro al niño en cualquiera de sus derechos prioritarios de protección²⁹⁵.

²⁹⁴ También debe tomarse en cuenta que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis aislada relativa al interés superior del niño, en los casos en que deba ser separado de alguno de sus padres, y que señala que el artículo 4to. de la Constitución no prevé un principio que privilegie su permanencia con la madre. Cita tesis 1ª. VII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, XXXIII, febrero de 2011, p. 615. Registro 162808, que es anterior a la tesis que se estudia citada arriba.

²⁹⁵ Antecede a este criterio, la tesis que puede ser consultada por el lector intitulada: 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 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 4o. 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

Otra tesis de jurisprudencia que es oportuno comentar, por la importancia del concepto de familia es la emitida por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito del año 2011, que de manera general y orientativa dispuso que:

DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO. En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social. Época: Novena Época. Registro: 162604. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Marzo de 2011. Materia(s): Civil. Tesis: I.5o.C. J/11. Página: 2133.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 309/2010. *****. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón.

Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda.

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. Época: Novena Época. Registro: 195674. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VIII, Agosto de 1998. Materia(s): Civil. Tesis: I.9o.C.53 C. Página: 845. NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 5689/98. Luis Tovar Zúñiga. 25 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Aguilar. Secretario: Antonio Rebollo Torres.

Amparo en revisión 257/2010. 11 de noviembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Amparo directo 733/2010. 25 de noviembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco.

Incidente de suspensión (revisión) 356/2010. 9 de diciembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco²⁹⁶.

Con el criterio asumido en esta tesis, se denota que en el sistema jurídico mexicano, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, tendientes a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, como un sistema de mejora de la misma sociedad.

2.4.5.- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Este protocolo fue elaborado por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en febrero de 2012, con aportaciones de la Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C.²⁹⁷, con respecto a las características propias de la infancia y sus implicaciones en el procedimiento judicial. El protocolo tiene su fundamento conforme a las reformas constitucionales de los Derechos Humanos en las que se estableció que todas las personas son titulares de derechos humanos²⁹⁸. Se establecen lineamientos a seguir por parte de los encargados de la impartición de justicia, en casos que afecten a los niños y adolescentes, procurando que éstos tengan la máxima participación en los actos que se refiera a sus derechos. El documento está

²⁹⁶ DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO. Tesis de Jurisprudencia. 9na. Época; S.J.F. y su Gaceta; Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Tomo XXXIII, marzo de 2011, pág. 2133.

²⁹⁷ http://www.infoninez.mx/busqueda-por-temas/indigenas/item/oficina-de-defensoria-de-los-derechos-de-la-infancia-odi-ac?category_id=307 (Consultada el día 03 de mayo de 2015).

²⁹⁸ Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de junio de 2011.

dirigido a todas las autoridades judiciales que imparten justicia, donde se ven involucrado los niños y adolescentes.

Este instrumento procesal, consta de cinco capítulos que explican: El primero, sobre las razones, objetivo, marco jurídico y principales características de la infancia en un proceso jurídico, “Una parte de los derechos de la infancia está vinculada con el acceso a la justicia, lo que implica que los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación y en concreto las personas que tienen a su cargo impartir justicia, son quienes están encargados de garantizar el respeto de dichos derechos”²⁹⁹, esto es, que los niños como sujetos de derechos tienen y son parte de un juicio bajo el derecho humano de acceso a la justicia como cualquier persona y bajo un lenguaje para y por el niño y de los adultos para que aquellos puedan participar en las diligencias judiciales en un entorno comprensible para ellos.

El capítulo dos explica sobre los conceptos jurídicos fundamentales y principios en relación al niño, como lo es el interés superior del niño, la no discriminación, trato con respeto y sensibilidad, no revictimización, no injerencia a su vida privada, protección de su intimidad y derecho a participar. El capítulo tres desarrolla las reglas de actuación, principia por el derecho a ser informado y la asistencia a la persona menor de dieciocho años, la fiabilidad de la declaración del niño, entre otras reglas de actuación en su beneficio al participar en un proceso judicial.

El capítulo cuatro establece reglas precisas de actuación para los adolescentes en conflicto con la ley, en la que se determinan los principios para el sistema de justicia para adolescentes, como lo es el debido proceso legal –sistema garantista, no tutelar-prisión preventiva, entre otros principios para la debida aplicación de la justicia para

²⁹⁹ Razones del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 2.

adolescentes. En su última parte, el protocolo redacta las expectativas para su aplicación.

“Este protocolo espera ser una herramienta que dé claridad a Magistradas y Magistrados, Juezas y Jueces sobre cómo avanzar en aquel sentido, de tal forma que el Poder Judicial de la Federación, como uno de los órganos del Estado mexicano, cumpla con su obligación constitucional de garantizar los derechos humanos de las personas, en particular de los niños, niñas y adolescentes”³⁰⁰.

2.5.- Sistema normativo local

El sistema normativo local parte de los compromisos internacionales de los que México es parte y de las obligaciones estatales de la normativa nacional, tendiente a establecer los derechos y prerrogativas de los niños, como lo es la norma fundamental local la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.

2.5.1.- Bases constitucionales locales³⁰¹

La Constitución local contiene las directrices que se deben seguir para respetar los derechos que en general corresponden a todos los habitantes del Estado, por ende, los derechos de los niños. “El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como las garantías para su protección, y los demás derechos que reconoce esta Constitución, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que establece la Constitución Política de los

³⁰⁰ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 69.

³⁰¹ Publicada en el Periódico Oficial del Estado de fecha 16 de agosto de 1953.

Estados Unidos Mexicanos...”³⁰². También se garantiza la tutela al derecho a la vida, al sustentar que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.

Como derechos de los habitantes de Baja California en la condición de padres, deben ser asistidos en la forma que la legislación lo disponga para la protección y cuidado de los hijos. Esto es, ser apoyados para el cumplimiento de sus obligaciones como padres frente a sus hijos³⁰³. Las personas menores de dieciocho años de edad, tienen como derechos:

a) Vivir y crecer en forma saludable y normal en un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental afectivo, moral y social, en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, la formación integral en el amor a la nación, en la democracia como sistema de vida fundada en el respeto a la dignidad humana y en el principio de la solidaridad social, así como a ser protegidos y asistidos contra cualquier forma de sustracción del seno de la familia sin el debido proceso, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso o explotación, en condiciones de libertad, integridad y dignidad. Para lo cual el Estado velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

b) Que el Estado les garantice de manera subsidiaria la protección nutricional, estableciendo los apoyos y lineamientos necesarios a cargo de las instituciones públicas, en los términos que determine la ley.

c) Si son menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la Ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social. [...] ³⁰⁴.

³⁰² Artículo 7mo. de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.

³⁰³ Artículo 7mo. de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.

³⁰⁴ Fracción VI del Artículo 8vo. de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.

Así también, establece la norma constitucional local que el Estado en todas sus decisiones y actuaciones, proveerá lo necesario, expedirá leyes y normas en materia de derechos de las niñas, niños y adolescentes. Conforme al artículo 9no. de la misma norma se establece:

IV.- Sin son padres de familia, tienen la obligación de educar, proteger y alimentar a sus hijos, propiciando un ambiente familiar armónico y afectivo, que garantice su desarrollo integral.

Esto es que los padres adquieren la obligación de educar, proteger y alimentar a sus hijos, propiciando un ambiente familiar armónico y afectivo, que garantice su desarrollo integral.

2.5.2.- Derecho civil estatal³⁰⁵

El Código Civil para el Estado de Baja California regula los derechos básicos de las persona, relacionados íntimamente con su condición de persona: derechos de la persona, de su patrimonio y de sus derechos de familia³⁰⁶. El contenido del derecho civil abarca entonces: los derechos de las personas, de la familia y del patrimonio. Se contempla en la norma diversos dispositivos respecto del derecho a la vida, la condición jurídica del ser concebido no nacido, los derechos del menor frente a sus padres en cuanto a su persona, cuidado y administración de sus bienes. El derecho del niño que tiene que ser debidamente alimentado y las diversas obligaciones y facultades de los padres respecto de la educación, guarda y custodia de sus hijos.

También, se desarrollan diversas instituciones necesarias para el desarrollo armónico de la familia, como la paternidad, la paternidad responsable y los alimentos, la patria

³⁰⁵ Publicado en el Periódico Oficial del Estado el día 31 de enero de 1974.

³⁰⁶ También llamados de los atributos de las personas físicas y morales, como el nombre, capacidad, patrimonio, domicilio, nacionalidad y estado civil únicamente para las personas físicas.

potestad, el abandono de familia, el matrimonio, el divorcio, la tutela, entre otros. Es oportuno transcribir los artículos 22, 23 y 24 del Código Civil, que explican la capacidad de las personas, las restricciones y representación de los menores y la posibilidad del mayor de edad de disponer libremente de su persona y de sus bienes conforme a la ley.

ARTÍCULO 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

ARTÍCULO 23.- La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

ARTÍCULO 24.- El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la Ley.

Estos preceptos de la codificación civil que regulan la capacidad de las personas físicas, que se adquiere desde el nacimiento hasta la muerte; asimismo, que el menor de edad y otras incapacidades son restricciones a la personalidad jurídica; restricción que no debe entenderse en su perjuicio, que es únicamente una limitación en aras de proteger a la persona y patrimonio del menor; cabe agregar, que el domicilio legal de la persona menor de edad no emancipado, es el de la persona que ejerza la patria potestad (artículo 32).

Por otra parte el artículo 334, establece:

ARTÍCULO 334.- Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando algunas de estas

circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

De lo que se desprende que el ser concebido pero no nacido, cae bajo la protección de la ley. Tratándose de la materia civil, el ser concebido tiene expedito sus derechos para obtener, conservar y mejorar su patrimonio, ya sea que lo adquiriera por donación, herencia o legado que puede recibir por medio de sus representantes legales, quedando supeditado a que nazca y se le considere viable ya sea en cualquiera de los dos supuestos indicados, viva 24 horas o sea presentados ante el Registro Civil correspondiente.

La minoría de edad se desprende por excepción de la regla general de la capacidad de ejercicio que impone la mayoría de edad, que es a partir de los dieciocho años, así como el supuesto legal de la emancipación vía adquisición del estado civil de casado, que anticipa la mayoría de edad por considerar al menor apto para administrar su persona y sus bienes con las condiciones y limitaciones que impone la ley, como lo es la autorización judicial para realizar determinados actos jurídicos y la tutela forzosa para actos judiciales. Cabe apuntar, que la mayoría de edad comienza a partir de los dieciocho años, con lo cual la ley considera al sujeto apto para disponer libremente de su persona y de sus bienes. Otros preceptos importantes de la codificación civil relacionados con los niños, niñas y adolescentes, son los artículos 636, 637, 638 y 639 del Código Civil en estudio que disponen:

ARTÍCULO 636.- El matrimonio de las personas menores de dieciocho años de edad produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea persona menor de dieciocho años de edad, no recaerá en la patria potestad.

ARTÍCULO 637.- El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;
- II.- De un tutor para negocios judiciales.

ARTÍCULO 638.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

ARTÍCULO 639.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

De lo anterior se desprende, que la codificación civil no define la minoría de edad, pero sí la regula por vía de excepción, para el caso de que el sujeto referido se encuentre en las cualidades de mayoría de edad o emancipado, aquel menor que adquiere capacidad de ejercicio relativa para gobernar y conducir su persona y determinados bienes muebles por sí mismo, quedando sujeto a las diversas normas de orden público que tienen como principal función la de tutela y protección, así como la nulidad sobrevinida de determinados actos jurídicos, que se celebren en perjuicio del niño.

2.5.3.- Derecho penal estatal³⁰⁷

El Código Penal para el Estado de Baja California es el instrumento normativo que dispone diversas responsabilidades penales para efecto de reprimir o castigar conductas que atenten contra los derechos de los niños o de la familia, tales como: incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, sustracción de menores o incapaces, tráfico de menores, delitos contra la filiación y el estado civil, violencia familiar que atentan contra la estabilidad de la familia y de sus integrantes.

Estas disposiciones se tipifican en la sección segunda, delitos contra la familia, título primero, de los delitos contra el orden de la familia; así da nacimiento al tipo penal denominado del incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, que consiste

³⁰⁷ Publicado en el Periódico Oficial de fecha 20 de Agosto de 1989.

en la no proporción de alimentos respecto de la persona de la que se tenga obligación de suministrar alimentos³⁰⁸.

También se establece el tipo penal de violencia familiar que se conceptualiza como: “Al que dolosamente ejerza violencia física o moral, o incurra en la omisión grave de cumplir con un deber, en contra de su cónyuge, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, adoptante o adoptado, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y multa de veinticuatro a trescientos días, sin perjuicio de la sanción que corresponda por la comisión de cualquier otro delito previsto por este Código aplicándose para ello las reglas de concurso de delitos”³⁰⁹. Queda claro, que el Estado tiene la obligación y la potestad de regular e inmiscuirse en la vida íntima de la familia cuando se generan conductas penales en perjuicio del niño, quedando excluida la esfera de inmunidad de los padres que como antaño sí gozaban, creándose toda una gama de situaciones que regulan las relaciones parentales en este tópico penal.

2.5.4.- Ley de la Familia para el Estado de Baja California³¹⁰

La ley de la Familia para el Estado de Baja California fue publicada el 30 de diciembre de 2011 y tiene por objeto, garantizar los derechos de la familia como institución social y civil; precisa los derechos y responsabilidades de la familia, así como los elementos coadyuvantes para su desarrollo y consolidación; define los principios e instrumentos para su protección, promoción y desarrollo integral en los ámbitos público, social y privado (artículo 1ro.).

³⁰⁸ Artículo 235 del Código Penal para el Estado de Baja California.

³⁰⁹ Artículo 242 bis del Código Penal para el Estado de Baja California.

³¹⁰ Periódico Oficial del Estado de fecha 30 de diciembre de 2011.

Para esta ley, la familia se caracteriza por la relación íntima, duradera y solidaria de sus integrantes, quienes comparten en común usos, costumbres, tradiciones, principios y valores (artículo 2). Se visualiza a la familia como una institución social y civil con perspectiva permanente, integrada por personas vinculadas por lazos derivados del matrimonio, consanguineidad, afinidad o por algunas de las relaciones de parentesco en los términos del Código Civil.

La norma especial indica que los padres o quienes legalmente encabezan y constituyen la familia (Hace responsables a quienes ejercen la patria potestad y custodia), son responsables de que en la familia prevalezca un ambiente de respeto recíproco, de armonía y cooperación subsidiaria, que permita a los hijos y a los integrantes del núcleo familiar desarrollarse en condiciones propicias para el desenvolvimiento de sus aptitudes, vocaciones y capacidades (artículo 3ro). Condicionándose la obligación a establecer una familia como fuente de bienestar para sus integrantes en un ambiente de respeto recíproco, de armonía y cooperación entre ellos –miembros de la familia-.

Asimismo, se establece en esta normativa, que el ser humano es el fundamento de la sociedad así como de sus instituciones y alcanza en el seno familiar su pleno desarrollo. La familia es la base de todas las instituciones, y la estabilidad de ésta contribuye a la armonía y al bienestar social (artículo 5). El centro de la familia es el ser humano, quien por orden de prevalencia y de respeto de los derechos humanos y/o fundamentales alcanza a los niños, como sujetos del orden jurídico.

Los padres tienen el derecho originario, primario e inalienable de decidir el tipo de educación que recibirán sus hijos. El Estado y sus Municipios reconocerán a la familia como primera escuela, asumiendo el deber de forjar y consolidar las virtudes humanistas y solidarias de sus hijos. El derecho de los padres a educar a sus hijos debe

ser tomado en cuenta en todas las formas de colaboración entre padres, maestros y autoridades escolares (artículo 21).

Los padres también tienen el derecho de educar a sus hijos conforme a sus convicciones, teniendo presentes las tradiciones culturales que favorezcan el bien y la dignidad del hijo. La educación sexual debe ser impartida bajo la supervisión de los padres, tanto en el hogar como en la escuela y, debe formar e informar sobre el ejercicio responsable, sano y consciente de la sexualidad. Los padres tienen el derecho y la obligación de velar por el mejor aprovechamiento escolar de sus hijos y colaborar con los maestros y las autoridades escolares (artículo artículos 22 y 23).

El Código Civil para el Estado de Baja California es la ley supletoria de esta norma, este Código no define el concepto de familia, solo enuncia los derechos y deberes que nacen con el parentesco, siendo la ley de la Familia para el Estado de Baja California la que nos brinda una definición aproximada de familia en su artículo 2:

ARTÍCULO 2.- La familia es una institución social y civil con perspectiva permanente, integrada por personas vinculadas por lazos derivados del matrimonio, consanguineidad, afinidad o por algunas de las relaciones de parentesco en los términos del Código Civil del Estado de Baja California.

La familia se caracteriza por la relación íntima, duradera y solidaria de sus integrantes, quienes comparten en común usos, costumbres, tradiciones, principios y valores.

Por lo que se reconoce a la familia como una institución social y de orden civil, integrada por personas de acuerdo a las relaciones de parentesco, ya sea consanguíneo, por afinidad o civil propiamente dicho, la adopción. Es una institución duradera y

solidaria –entre sus miembros- que comparten sus usos, costumbres, principios, valores, entre otros³¹¹.

2.5.5.- Ley para la protección y defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes del Estado de Baja California³¹²

Esta ley fue publicada en el Periódico Oficial del Estado el día 17 de abril de 2015³¹³, tiene por objeto, reconocer a las niñas, niños y adolescentes como titulares de derecho de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que establece el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La ley estatal garantiza el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de sus derechos humanos que les permitan –a los niños- un crecimiento y desarrollo integral. Mandata el Sistema Estatal de Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes considerando los parámetros mínimos de organización y funcionamiento que establece la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a efecto de que en el Estado de Baja California se cumplan con las responsabilidades de la materia, como así lo indica el artículo primero. La Ley promueve asimismo en su artículo tercero, el respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes para garantizar su máximo bienestar posible privilegiando su interés superior a través de medidas estructurales, legales, administrativas y presupuestales.

Esta normativa condiciona como obligación social, conforme a su artículo 10, que todo aquel que tenga conocimiento de casos de niñas, niños o adolescentes sufran o hayan sufrido violación de sus derechos, hacerlo del conocimiento inmediato de las

³¹¹ Sobre el Instituto Estatal de la Familia en Baja California, <http://www.bajacalifornia.gob.mx/portal/gobierno/dependencias.jsp> (Consultado el día 13 de abril de 2016).

³¹² Periódico Oficial del Estado de fecha 17 de abril de 2015.

³¹³ La presente norma abrogó la Ley de Protección y Defensa de los Derechos de los Menores y la Familia en el Estado de Baja California, que fue publicada en el Periódico Oficial del Estado el 4 de julio de 2008.

autoridades competentes, lo que significa que el Estado se debe auxiliar de las denuncias de la ciudadanía en la materia, quedando claro que la esfera de inmunidad con la que en algún tiempo contó el padre en el seno de la familia ya no es legalmente sustentable.

Establece el artículo 11 de la ley, que son derechos:

Artículo 11. Para efectos de la presente Ley son derechos de niñas, niños y adolescentes, de manera enunciativa más no limitativa, los siguientes:

I. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;

II. Derecho de prioridad;

III. Derecho a la identidad;

IV. Derecho a vivir en familia;

V. Derecho a la igualdad sustantiva;

VI. Derecho a no ser discriminado;

VII. Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral;

VIII. Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal;

IX. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social;

X. Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad;

XI. Derecho a la educación;

XII. Derecho al descanso y al esparcimiento;

XIII. Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura;

XIV. Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información;

XV. Derecho de participación;

XVI. Derecho de asociación y reunión;

XVII. Derecho a la intimidad;

XVIII. Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso;

XIX. Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y

XX. Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, en términos de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Derechos prioritarios en favor del niño que tiene plena identidad con los postulados de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes antes analizado.

El artículo 20 de la norma, titula “Derecho a vivir en Familia. Artículo 20.- Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. ...”; por lo que destaca este capítulo ya que lo que debemos ubicar para el análisis de la investigación es precisamente el derecho del niño a vivir en el seno de una familia con las condiciones y elementos necesarios para su sano y pleno desarrollo.

2.5.6.- Ley de Atención y prevención de la Violencia Familiar para el Estado de Baja California³¹⁴

Esta ley considera en su artículo segundo, a la violencia familiar como todo acto de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicológica o sexualmente a cualquier miembro de la familia, dentro o fuera del domicilio y que tiene por efecto causar daño físico, psicológico, sexual y económico.

³¹⁴ Periódico Oficial del Estado de fecha 4 de julio de 2003.

Describe también a la víctima de la violencia familiar, como aquella persona o personas que sufran cualquiera de los actos u omisiones de naturaleza física, psicológica, sexual y económica; como miembros de la familia: aquellas personas que conforman o conformaron una familia, quedando comprendidos descendientes, ascendientes y parientes colaterales sin limitación de grado o afines hasta el cuarto grado y, el adoptante o adoptado.

Se interpreta bajo estos preceptos, que la atención de la violencia familiar tiene como finalidad salvaguardar la dignidad, la libertad, la igualdad, la integridad física y los derechos de la víctima de la violencia familiar y proporcionar el tratamiento integral a quien la genere y que por ende pueda afectar la dignidad de los niños.

2.5.7.- Ley de Seguridad Escolar del Estado de Baja California³¹⁵

Esta ley tiene como objetivo propiciar en los centros escolares el respeto a la dignidad de los alumnos y al resto de la comunidad escolar; promover el respeto a la propiedad pública y privada; fomentar el compañerismo, los valores, la cultura y el deporte entre alumnos, personal docente, administrativo y de apoyo, entre otras, que fomente el respeto de los niños, dado que después del hogar, la escuela es parte importante del desarrollo de sus diarias actividades.

Como obligaciones a los padres de familia o tutor, se establecen como mínimos o básicos los siguientes: propiciar, inculcar y fomentar el respeto a la dignidad de sus hijos o pupilos, hacia sus compañeros de estudio, personal directivo y docente, y en general hacia la comunidad escolar, como base de la formación de valores en el hogar; inculcar y fomentar el estudio, la cultura, la salud y el deporte en sus hijos o pupilos.

³¹⁵ Periódico Oficial del Estado de fecha 5 de octubre de 2012.

Esto, en aras de la mejora de atención de los niños en las comunidades escolares, ya que es el segundo lugar oportuno, propicio y básico para que este se desarrolle plenamente como persona.

2.6.- Los derechos mínimos prioritarios del niño o derechos al mínimo vital

Hasta aquí hemos revisado el cúmulo de derechos humanos que se reconocen al niño en su esfera jurídico personal y patrimonial, con base en lo que debe proveer una familia respecto de atenciones y apoyos necesarios para su bienestar. Con el bagaje jurídico analizado se identifican los derechos humanos y prioritarios del niño, como son el derecho a la vida, a la educación, a la alimentación adecuada, a la salud, a la identidad, a la libertad y a la protección³¹⁶, que incluye todos aquellos aspectos de salvaguarda de su dignidad y desarrollo como persona, por ende, su derecho humano a vivir en el seno de una familia que le garantice plenamente su desarrollo y bienestar.

Por lo tanto, se deben garantizar las circunstancias que hagan posible el respeto del niño a su vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia, convivencia con sus padres, cuando esto no resulte más perjudicial que benéfico, socialidad, comprensión en razón a sus aptitudes físicas y mentales, libre expresión de sus ideas dentro del marco de la moral y buenas costumbres, educación, información, desarrollo psicosexual correlativo a su edad, juego y esparcimiento, experiencias estética y artística y las libertades de conciencia y religión³¹⁷.

³¹⁶ <https://www.humanium.org/es/derechos/> (Consultado el día 14 de abril de 2016).

³¹⁷ MÍNIMO VITAL. CONFORME AL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y AL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, SE ENCUENTRA DIRIGIDO A SALVAGUARDAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y NO DE LAS JURÍDICAS. El derecho al mínimo vital se fundamenta en la dignidad humana, la solidaridad, la libertad, la igualdad material y el Estado social, al considerar que las personas, para gozar plenamente de su libertad, necesitan un mínimo de seguridad económica y de la satisfacción de sus necesidades básicas. Por ende, constituye el derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos mínimos que aseguren a toda persona su subsistencia y un nivel de vida digno, así como la satisfacción de las necesidades básicas. Ahora bien, en el ámbito internacional podemos encontrar algunas normas que incluyen el derecho al mínimo vital, aunque no con esa denominación. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le

Por último, y conforme al principio del interés superior del niño, las decisiones y actuaciones que tome el Estado, se velará y cumplirá con este principio garantizando de manera plena sus derechos.

asegure, a ella y a su familia, la salud y el bienestar, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (artículo 25, numeral 1); de igual manera, prevé el derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure a la persona y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana, y que dicha remuneración debe completarse con cualquier otro medio de protección social (artículo 23, numeral 3). En el mismo contexto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene normas que en cierta medida recogen elementos de la prerrogativa indicada pues, por una parte, desarrolla el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (artículo 11, numeral 1); además, establece que la remuneración de los trabajadores como mínimo debe garantizar condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias [artículo 7, inciso a), subinciso ii)]. Por lo que hace al derecho mexicano, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal Constitucional estableció, en la ejecutoria que dio origen a la tesis aislada 1a. XCVII/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, página 793, de rubro: "DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.", que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. De lo anterior se sigue que el derecho al mínimo vital: I. Deriva del principio de dignidad humana, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta; II. Está dirigido a los individuos en su carácter de personas físicas; III. Es un derecho fundamental no consagrado expresamente en la Carta Magna, pero que se colige a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en sus artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV y 123 y de los derechos a la vida, a la integridad física, a la igualdad, a la salud, al trabajo y a la seguridad social, entre otros, a través del cual se garantizan los requerimientos básicos indispensables para asegurar una subsistencia digna del individuo y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario, sino también en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente; y, IV. No puede entenderse como una protección económica únicamente, sino como una tutela vinculada con la dignidad de la persona, la integridad física, la vida y la protección de la familia. Por tanto, conforme al derecho constitucional mexicano y al internacional de los derechos humanos, el derecho al mínimo vital está dirigido a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas físicas y no de las jurídicas. Época: Décima Época. Registro: 2011316. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 18 de marzo de 2016. Materia(s): (Constitucional). Tesis: I.9o.A.1 CS (10a.). NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 261/2015. Astro Gas, S.A. de C.V. 13 de agosto de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Edwin Noé García Baeza. Secretario: Daniel Horacio Acevedo Robledo. Esta tesis se publicó el viernes 18 de marzo de 2016 a las 10:40 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

CAPÍTULO TERCERO

EL ABANDONO DEL NIÑO POR SUS PADRES

En este eje de la investigación abordaremos y analizaremos los aspectos normativos y pragmáticos del derecho humano del niño a vivir en el seno de una familia, con el ineludible derecho a desarrollarse plenamente, en un estado permanente de bienestar en su esfera personal y patrimonial. También, se analizarán situaciones de hecho administradas con las normas y derechos fundamentales que se pueden o se vulneran con los actos de abandono del niño por uno o por los dos de sus padres, partiendo de la premisa del derecho humano a vivir y pertenecer a una familia, que al abandonarlo lo privaría de ella de manera grave.

De acuerdo a la normatividad estudiada y del interés de bienestar superior del niño, es importante que este pertenezca a una familia en la que se genere su identidad y pertenencia que le permita a la postre, desarrollar una autoestima sana, segura y con valores de familia. En el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto, cuando a reserva de la revisión judicial, las autoridades competentes así lo determinen en relación al interés superior del niño, como sería el caso del maltrato físico o psicológico en contra del menor.

Por otra parte, el mismo instrumento normativo internacional, en el ordinal 18.1, dispone que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento al principio de que ambos padres cumplan con sus obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza, cuidado y desarrollo del niño, en función de garantizar el interés superior de éste.

3.1.- El derecho del niño a vivir en una familia y el abandono familiar

De acuerdo a las normas internacionales y nacionales y de la teoría de los derechos humanos, la familia, es la base esencial para la construcción de las personas y por ende, del niño, así como de la estructura de la sociedad. La familia como concepto jurídico,

es además, la base para determinar un sinnúmero de derechos y obligaciones que analizamos en el capítulo segundo de esta investigación. Resulta de vital importancia el derecho de pertenecer a una familia, así como el derecho a fundar una, conforme lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos³¹⁸, la que hace hincapié al derecho universal de pertenecer a un núcleo familiar. Este es el eje central de esta investigación, por la importancia de determinar las condiciones y necesidades que tiene el niño de vivir en una familia, claro está, que en su familia biológica, no en una sustituta o institución con obligaciones subsidiarias.

Cabe insistir, que el abandono familiar es aquel acto que puede vulnerar y destruir toda la estructura normativa establecida en favor de los niños. El abandono es una forma de maltrato emocional o psicológico de quien no le provee de los mínimos vitales, poniendo en riesgo su seguridad y bienestar. Por ende, la familia en el concepto normativo, social y moral, cumple una función insustituible y preponderante en el desarrollo y crecimiento pleno del niño³¹⁹.

3.1.1.- Funciones de la familia

La familia en sí, cumple orgánicamente con diversas funciones que conllevan a solventar las diversas vicisitudes, limitaciones y necesidades básicas, emocionales, educativas y morales que llega a tener la persona, que como miembro de ésta, encuentra su identidad. Siguiendo las ideas de Hugo Saúl Ramírez García y Pallares Yabur, Pedro De Jesús, exponen que la familia, tiene como funciones:

³¹⁸ Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

³¹⁹ Retómese lo expuesto en el subcapítulo 1.4. de esta investigación en relación a las ideas del psicólogo John Bowlby, quien advertía de las desastrosas consecuencias de la privación del niño sobre su entorno familiar, así como la teoría del apego, que significa que para su adecuado desarrollo, los niños tienen una necesidad básica biológicamente determinada y especialmente activa durante los tres primeros años de vida, en la cual, deben mantener una relación estable con un adulto que les proporcione contacto, seguridad y afecto.

- Función biológica.- Al nacer, cualquier persona recibe un código genético y un modo de ser humano de sus padres [...] nacemos como hijos, y necesitamos, para mantenernos en la existencia biológica, de un núcleo de personas que nos alimenten y protejan para garantizar un mínimo de permanencia humana.
- Función cultural.- La persona no sólo existe como biología. Necesita nacer, ser introducido en una serie de códigos, ritos y significados compartidos por otros para vivir humanamente.
- Función de significado.- La familia ofrece el ambiente propicio para plantearse y resolver existencialmente las preguntas sobre el sentido de lo que le sucede.
- Función identitaria.- En la familia, la persona descubre que su existencia está justificada y merece la pena, pues hay otros que lo necesitan de manera radical³²⁰.

Estas funciones se generan en el núcleo o cuadro de la familia en cuanto a su aspecto sociológico y que tiene un impacto trascendental en la sociedad³²¹, que atañe en la vida del niño como miembro de esta. En ella –la familia- se da una conexión más o menos integradora (ya que dependen del modelo de familia y del compromiso de pertenencia y asociación de sus miembros integrantes), siendo un órgano de culturalización que cumple indefectiblemente con su función social de transmitir la enseñanza y valores a las nuevas generaciones³²².

En atención al bienestar del niño y su relación con el aspecto negativo del abandono de los derechos humanos de éste por sus padres, la familia como tal, en primer orden cumple o debe cumplir con una función biológica, ya que el ser humano debe ser alimentado y cuidado de las tempestades del medio ambiente; luego, debe ser la

³²⁰ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro De Jesús, *Derechos Humanos*, México, Ed. Oxford, 2011, p. 201.

³²¹ Pérez Adán, José, *Diez temas de sociología. Vivir una sociedad familiar y humana*, España, Ed. Eiunsa, 2001, p. 31.

³²² Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro De Jesús, *Derechos Humanos*, México, Ed. Oxford, 2011, p. 203.

plataforma para la educación y formación social del niño a través de la transferencia de valores y conocimiento indispensables para el desarrollo de la persona. Ofrece también, el sentimiento de pertenecer a un grupo –significado- y de identidad de mismo.

3.1.2.- La protección privilegiada de la familia

La familia como institución, órgano o grupo³²³, goza en la actualidad de una situación de protección privilegiada, ya que trasciende y debe garantizar los derechos entre los miembros integrantes de la misma y, que como institución es humanizadora de las personas, que provee (o debe proveer) de bienestar biológico, emocional y social de los mismos.

De la familia como institución social y jurídica se reconocen dos elementos generales y comunes:

- Su origen, finalidad y tipo de familia, que van en función de su realidad social y alcance de protección legal (Conforme a los avances o retrocesos en materia de regulación de la familia)³²⁴.
- Y su espacio de intimidad, que se reconoce como el “hogar”; propio de la familia o grupo familiar al que tiene derecho a aspirar, salvo los límites u obligaciones que impone la ley para la protección y defensa de los derechos

³²³ De lo expuesto de la “familia”, debemos entender que se debe hablar de modelos de familia, siendo imposible asumir un concepto unívoco o ideal de familia, ya que su fisonomía cambia y varía de acuerdo a la época, condiciones y exigencias de la sociedad y el derecho, pero siempre en salvaguarda de sus integrantes y por mayor razón, de los niños.

³²⁴ Puede tomarse como ejemplo la Tesis: 1ª. CCLX/2014 (10ª), de la Primera Sala, Décima Época, Tesis Aislada (Constitucional), Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, intitulada: MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO. De la que se aprecia la interpretación de la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo conforme a las normas fundamentales de nuestro país, abandonando en su caso, la idea del matrimonio exclusivo entre un hombre y una mujer.

personales y familiares de cada uno de los integrantes y, claro, en particular los derechos de los niños³²⁵.

Se desprende del cúmulo de los derechos humanos en relación a la familia, dos aspectos a seguir:

1. Derecho a fundar una familia: derecho a contraer matrimonio y fundar una familia de manera libre, a partir de una edad mínima; es decir, la protección del “acceso” al matrimonio en condiciones de igualdad.
2. Derecho a vivir en una familia: ausencia de injerencias arbitrarias o de decisiones que inhiban la convivencia familiar; igualdad de responsabilidades entre el varón y la mujer, educación y cuidado de los niños; condiciones dignas de vida y necesidades familiares como parte de una remuneración justa por el trabajo³²⁶.

En este sentido el derecho a vivir en una familia alcanza un rasgo y derecho fundamental de gran envergadura para el niño que tiene el derecho de pertenecer a una familia, como su espacio de bienestar general. Para la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, una acción del Estado que tienda a lesionar la vida familiar es considerada como un castigo cruel, inusual o infame³²⁷, esto es, que la familia alcanza una protección superior a los derechos que en particular pudiera tener inclusive los miembros adultos³²⁸.

En esta forma, el Estado reconoce a la familia como el estado natural y fundamental de la sociedad, lo que constituye el derecho a la protección privilegiada sobre otras

³²⁵ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro De Jesús, *Derechos Humanos*, México, Oxford, 2011, p. 204.

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ Informe No. 8110. Caso 12.562. Publicación Wayne Smith, Hugo Armendariz, Y Otros. Estados Unidos (*). 12 de Julio de 2010.

³²⁸ Como el caso del derecho al salario que tiene el trabajador, que está supeditado –el salario- al pago de los alimentos de la familia. ARTÍCULO 162.- Los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos. Artículo del Código Civil para el Estado de Baja California. Consultado el día 24 de julio de 2016.

instituciones. Sirve de apoyo lo establecido en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que: “... el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar”³²⁹.

Se advierte también, que cuando afirmamos que la familia goza de protección privilegiada, es porque como núcleo permite el derecho humano a la identidad de la persona, lo que implica “que toda persona tiene derecho a vivir o mantener contacto directo o relaciones personales con su familia, dado que ésta, al ser un elemento natural y fundamental de la sociedad, en principio, está llamada a satisfacer [las] necesidades materiales, afectivas y psicológicas”³³⁰.

Para concluir este sub apartado, es oportuno afirmar que la protección privilegiada de la familia, la ampara contra cualquier tipo de injerencias arbitrarias o injustificadas que inhiban su desarrollo pleno en la sociedad, donde los padres comparten por igual sus obligaciones parentales y comunes a favor de los hijos, mediante la imposición y seguimiento de la educación, cuidados y protección que establezcan o mejoren a condiciones dignas de vida.

3.1.3.- Las necesidades básicas del niño

Se considera necesario en este apartado de la investigación iniciar con el examen de las necesidades básicas que tiene el niño en razón a su situación de vulnerabilidad. Se distingue entre necesidades de salud física y autonomía, antes de desarrollar y analizar el cúmulo de los derechos humanos del niño que se exponen, agravan o violan cuando sus dos padres o uno de ellos lo abandonan. Para el análisis o argumentación nos

³²⁹ Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de Agosto de 2002.

³³⁰ Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de Agosto de 2002, párrafo 71.

apoyamos en los estudios de Mónica González Contró³³¹, que a partir de la identidad y construcción del niño y de los recientes estudios de la infancia sobre una teoría de las necesidades destaca que³³²:

- El niño es eminentemente activo en la construcción de su desarrollo.
- Diferenciar entre necesidades y deseos.
- Tener en cuenta que las necesidades se manifiestan de diferentes formas en las distintas etapas del desarrollo infantil y adolescente.
- Aceptar las diferencias culturales en la satisfacción de las necesidades infantiles³³³.

Los puntos expuestos permiten orientar la situación especial del niño en relación a sus diversas necesidades que conforman su esfera jurídica de derechos, en la que se debe considerar que éste, como sujeto de derechos (no como objeto de derechos), es y debe ser participante activo en la construcción de su propia personalidad, de la cual destacan sus necesidades y no simples deseos. En la condición física y mental del niño, convergen las distintas etapas de su desarrollo humano desde la primera infancia hasta la adolescencia y su condición de vulnerabilidad, atento a lo explicado en el subcapítulo 1.11. de esta investigación, en la que se determinó, que *esta es un estado relacional donde el sujeto es puesto por una condición social de minusvalía a un tratamiento diferenciado, porque las niñas, niños y adolescentes son o pueden ser sujetos de afectación en su persona o esfera patrimonial por quienes se relacionan jurídico-familiarmente con ellos*. Esto en atención, de que en primer lugar, los niños son dependientes de sus padres o de los adultos, que los tengan bajo su guarda, y que

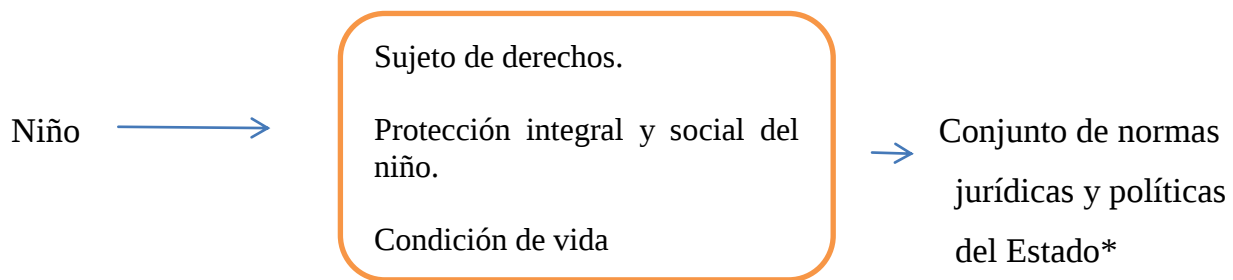
³³¹ Cfr., la obra de González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, pp. 133 – 150.

³³² Recomienda Mónica González Contró la lectura de diversos autores sobre el tema de las necesidades del niño y del adolescente, entre ellos a López Félix, *Necesidades de la infancia y protección infantil*, Madrid, España, Ministerio de Asuntos Sociales, 1995, Ochaíta, Esperanza, *Proyecto docente en necesidades y derechos de la infancia y la adolescencia*, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2000 y, Espinosa, María Ángeles, *Proyecto docente en necesidades y derechos de la infancia y la adolescencia*, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2000.

³³³ Ochaíta, Esperanza, *Proyecto docente en necesidades y derechos de la infancia y la adolescencia*, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2000, p. 163.

por su minoría de edad y minusvalía son considerados incapaces para proveerse a sí mismos sus diversos satisfactores³³⁴.

Se advierte en esta forma, que los niños son el centro de los derechos humanos y de la protección de sus diversas necesidades físico-biológicos, cognoscitivas, emocionales y sociales³³⁵ a satisfacer. Estas necesidades deben ser promovidas y atendidas por sus padres, y tomando en cuenta la situación de protección del niño por la sociedad, el sistema legal y el Estado en sí mismo, como subsidiario, debe intervenir en aquellas situaciones donde se advierta violación de los derechos humanos de aquel.



* Elaboración propia con base en la información compilada y analizada.
Tabla número 3.

³³⁴ Las ideas que habían prevalecido sobre los niños, ya de tipo social, cultural y jurídico en el sistema legal y político de nuestro país, era en torno a que el niño no tenía ni contaba con ningún tipo de derecho, no tenía derecho a voz ni expresar sus necesidades o deseos; hoy por hoy, inclusive con las reformas constitucionales del 2011, con la incorporación de los derechos humanos e inclusive instrumentos normativos como lo es el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se enfatiza la participación activa y moderada del niño en las actuaciones y diligencias que le atañen debiendo el juzgador darle valor prevalente a lo expuesto por el menor.

³³⁵ López Félix, *Necesidades de la infancia y protección infantil*, Madrid, España, Ministerio de Asuntos Sociales, 1995, p. 54.

Como condición de vida del niño se integran los satisfactores que se deben colmar o atender para promover y otorgar en su persona y esfera jurídica para alcanzar a colmar en forma integral sus derechos. Esta obligación corresponde en primer lugar, a los padres, o al padre abandonador con independencia de la situación legal de custodia o perdida de la custodia. Para mayor comprensión transcribo el cuadro orientador de Mónica González Contró, de los satisfactores básicos o necesidades secundarias:³³⁶

Salud física	Autonomía
-Alimentación adecuada -Vivienda adecuada -Vestido e higiene adecuados -Atención sanitaria -Sueño y descanso -Espacio exterior adecuado -Ejercicio físico -Protección de riesgos físicos	-Participación activa y normas estables -Vinculación afectiva primaria -Interacción con adultos -Interacción con iguales -Educación formal -Educación no formal -Juego y tiempo de ocio - Protección de riesgos psicológicos

Tabla número 4.

Estas ideas de salud física y autonomía del niño en relación con la debida condición de vida del mismo, permite comprender tanto las necesidades de primer orden como de segundo orden o secundarias, además, de considerar a la infancia como una etapa compleja en constante cambio y desarrollo. Ahora bien, siguiendo a la misma autora Mónica González Contró, ejemplificamos el desarrollo de las necesidades específicas del niño y adolescentes en³³⁷:

³³⁶ González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, Recuadro visible a página 135.

³³⁷ *Ibíd*em, pp. 136 a la 157.

- Recién nacido
- Primera infancia
- Etapa preescolar
- Etapa escolar
- Pubertad y adolescencia

Recién nacido. El alumbramiento o nacimiento del niño es un hecho trascendental tanto para la biología, la medicina como para el derecho, ya que a partir de ese momento, el niño cae bajo la protección de las leyes³³⁸ y por ende, del deber de cuidado de sus padres. Las primeras semanas de vida del niño constituyen la mayor dependencia del ser humano. Dada su contacto con la intemperie (fuera del seno materno) el niño debe adaptarse al mismo entorno, de ahí que sus padres deben procurar el espacio y lugar adecuados para su alimentación, descanso, así como la debida lactancia materna para su desarrollo. Es incuestionable que el recién nacido, dada su fragilidad, necesita estar al cuidado minucioso de sus padres, ya que inclusive un descuido puede ocasionar daños graves a su persona.

Primera infancia. La primera infancia comprende desde el primer mes de vida hasta aproximadamente los dos años de edad. El niño sigue creciendo y adquiriendo adaptabilidad al mundo que lo rodea, aunque sigue teniendo un alto grado de dependencia con los adultos, por lo que se necesita cuidar contra los riesgos inminentes ya que comienza a moverse, caminar, sentarse, correr, llevarse objetos a la boca, etc. En esta etapa se desarrollan los vínculos afectivos importantes entre el niño y sus padres³³⁹, tal y como se apuntó en el apartado 1.4. de las diferencia entre niño, niña y

³³⁸ Considerando que el ser concebido pero no nacido también está protegido por las leyes en cuanto a su integridad y patrimonio, quedando condicionado a que nazca viable. Consultar los sub apartados 2.5.2. y 2.5.3. de esta investigación.

³³⁹ Recordemos la teoría del apego que consiste en que para el adecuado desarrollo los niños, estos tienen una necesidad básica biológicamente determinada y especialmente activa durante los tres primeros años de vida, en la cual, deben mantener una relación estable con un adulto que les proporcione contacto, seguridad y afecto; “necesidad que es relativamente independiente y se encuentra al nivel de las necesidades de subsistencia, por lo que el cuidado afectivo estable tiene una gran importancia en el desarrollo infantil”. Adroher Biosca, Salomé,

adolescente. En esta etapa el niño comienza a manifestar preferencia y apego por sus cuidadores primarios, de aquí la importancia de la presencia física y emocional de los padres para con el niño.

Etapla preescolar. La etapa preescolar comprende desde los dos a los seis años, en la que ocurren una infinidad de cambios físicos como intelectuales. El niño ya puede comunicarse con lenguaje oral, además de generar una lógica incipiente, así como entendimiento básico de reglas o normas morales impuestas por los adultos. El crecimiento del niño se hace más lento, pero no se debe restar la importancia de la debida alimentación. Asimismo, comienza el interés por los diversos roles y rutinas de su entorno, inclusive a oponerse a ellos. En atención a que el niño comienza a desarrollar habilidades cognitivas es posible iniciar la educación formal.

Etapla escolar. La etapa escolar va desde los seis años hasta la pubertad, que es alrededor de los doce o trece años. El niño ya no solo está en contacto con sus padres, sino también, con la escuela (la educación formal). Comienza la escolarización, sumada con la interacción con sus iguales. Se considera que el niño adquirió los diversos hábitos de alimentos, sueño, higiene. Ya en esta etapa, el niño tiene la capacidad de realizar operaciones concretas y de desarrollo de pensamiento reflexivo, busca intervenir cada vez más activamente en su ambiente familiar y escolar. Cabe apuntar que la instrucción formal es el medio mediante el cual el niño aprende a desenvolverse de una manera más apropiada en la sociedad, por lo que la activación y relación del niño en la familia y en la escuela serán fundamentales para su debido desarrollo personal.

Pubertad y adolescencia. La adolescencia es el puente intermedio entre la infancia en sí y la adultez. La adolescencia es un periodo de crecimiento entre la niñez y la edad

adulto. Como lo ha apuntado la Organización Mundial de la Salud que la adolescencia “es un grupo poblacional que se encuentra entre los 10 y 19 años”,³⁴⁰. La adolescencia es considerada la etapa de transición entre la niñez, caracterizada por la dependencia del hogar y la familia y la independencia y autonomía de la vida adulta³⁴¹. Durante la adolescencia se generan y producen cambios trascendentales en los aspectos biológico, psicológico y social, que ocurren con abrumadora rapidez, que exigen del adolescente y de sus padres una adaptación continua para favorecer un entorno adecuado. En esta etapa los padres o cuidadores del adolescente dejan de ser una figura idealizada y hasta poco importante, a diferencia de las relaciones con sus pares, cuya vinculación sirve para la búsqueda o construcción de su propia identidad.

En atención a las ideas de salud física y autonomía del niño en relación con la debida condición de vida del mismo y, conforme al recorrido de las distintas etapas y necesidades específicas del niño y adolescentes, se advierte lo trascendental que los padres del niño vivan y convivan con él en todas sus etapas de vida, hasta llegar a la adolescencia y su segura separación e independencia³⁴². Tomando en cuenta que el hecho de llegar a la mayoría de edad no es suficiente para que se le prive al acreedor alimentario del apoyo o pago de alimentos correspondientes para la formación de un proyecto de vida a través de una profesión, arte u oficio, tal y como nos orienta la siguiente tesis aislada aplicable a lo comentado:

ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES QUE CONTINÚEN ESTUDIANDO. CORRESPONDE AL JUZGADOR VALORAR EN CADA CASO LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS SIN ESTEREOTIPOS, NI PREJUICIOS SOCIALES Y ATENDIENDO A ESTÁNDARES INTERNACIONALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE). El sentido de la institución alimentaria,

³⁴⁰ Programa Nacional de Atención Integral de la Salud de Adolescentes MSPAS, p. 12.

³⁴¹ Figueroa Erazo, Deysi Miriam, *Psicología de la Adolescencia. Desarrollo del Programa Oficial de 2do año de Bachillerato I*, México, Ed. Figueroa, 1999, p. 18.

³⁴² Ello en atención a los mínimos legales, que como es el caso de México la mayoría de edad es a partir de los 18 años de edad.

contenida en la fracción VI del artículo 336 del Código Civil del Estado de Campeche, específicamente para el caso de los hijos que aun siendo mayores de edad, se encuentren estudiando con provecho a juicio del juzgador, es garantizar que los padres no trunquen el futuro de sus hijos eliminándoles los recursos que les darán la base para desarrollar sus planes de vida. Por tanto, dichos proyectos de vida son individualizados y, consecuentemente, el juzgador debe analizar el caso concreto sin que puedan ser restringidos con prejuicios sociales, como es la obligación de contar con una licenciatura (educación superior), a fin de tener la aprobación de la sociedad de haber realizado un estudio adecuado u otra concepción similar sino, por el contrario, el precepto 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que se le acomode, siendo lícitos. Además, deben observarse no sólo el artículo constitucional referido, sino también la normativa que exige equidad de género en el trato y aplicación de la ley; como son los artículos 10, incisos a), y c), 13, primer párrafo y 14, inciso d), de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, así como los diversos numerales 4 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), en los cuales se plasman los derechos de la mujer de gozar de libertad plena interpretada como su autorrealización en todos los ámbitos de la vida, de ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales, derecho de obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica; instrumentos internacionales de aplicación obligatoria en el Estado Mexicano, en los cuales, se establece el derecho de la mujer de poder elegir la educación y, por ende, la carrera que le proporcione su agrado, bajo la base de que dicho estudio le otorgará lo necesario para su subsistencia futura, circunstancias que corresponde valorar al juzgador en cada caso concreto.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL TRIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 359/2010. 26 de enero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Mayra González Solís. Secretario: Aarón Alberto Pereira Lizama³⁴³.

³⁴³ ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES QUE CONTINÚEN ESTUDIANDO. CORRESPONDE AL JUZGADOR VALORAR EN CADA CASO LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS SIN ESTEREOTIPOS, NI PREJUICIOS SOCIALES Y ATENDIENDO A ESTÁNDARES INTERNACIONALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE). Época: Novena Época, Registro: 162432, Instancia:

Para cerrar este apartado, es importante comprender que las necesidades afectivas y de alimentación que tiene el niño deben ser colmadas por los padres en el ejercicio de la patria potestad, considerando que el niño cerca de los dos años de vida, es capaz de expresar con un lenguaje oral y explícito sus temores, miedos, aspiraciones, deseos, entre otros.

Estos sustentos los hace suyos el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la consulta y análisis realizado a este Protocolo de actuación, que tiene su fundamento conforme a las reformas constitucionales de los Derechos Humanos, se estableció que *todas las personas son titulares de derechos humanos*³⁴⁴, se determinan los lineamientos a seguir por parte de los encargados de la impartición de justicia en casos que afecten a los niños y adolescentes, para proporcionar a éstos la máxima participación en los actos que se refiera a sus derechos. Establece el documento, que si bien es cierto que son varias las características de la infancia relevantes para su participación en un procedimiento judicial, se destacan tres, por su particular importancia para la actuación judicial frente al niño, niña o adolescente:

- El desarrollo cognitivo.
- El desarrollo emocional, y
- El desarrollo moral del niño.

El protocolo de actuación nos ofrece un recuadro que para su análisis se reproduce:

SÍ PUEDEN	NO PUEDEN
Razonar si manipulan objetos	Razonar sólo con ideas abstractas
Describir lo que pasó	Explicar lo que pasó
Señalar/Mostrar con objetos concretos	Describir variables de lugar, ubicación,

Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Abril de 2011. Materia(s): Civil. Tesis: XXXI.17 C. Página: 1219.

³⁴⁴ Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de junio de 2011.

	sólo con palabras
Describir la sucesión de hechos vividos siguiendo el hilo subjetivo de su recuerdo. Describir lo que sintió y vivió.	Explicar la causalidad que provocó un hecho.
Narrar los hechos vividos, según golpes de recuerdo siguiendo un hilo subjetivo.	Ponerse en el lugar de otras personas; describir lo que otras personas hacían.
	Narrar objetivamente, estructurando el relato como un inicio, un desarrollo y un fin, para que lo comprenda quien funge de interlocutor.
	Controlar las emociones mediante la razón y la voluntad.

Fuente: Tomado de Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C. (2010) “El niño ante la justicia, orientaciones para el operador jurídico” (mimeo), p12.³⁴⁵

Tabla número 5.

Se observan las variantes a modo de expresión del niño en asuntos o casos que le atañen a su persona frente a sus padres, familia, sociedad y Estado que deben velar por su sano y pleno desarrollo humano en un mínimo vital de vida o condición de vida óptima para su pleno desarrollo.

3.2.- Características del abandono familiar

Para el análisis, es necesario iniciar con el concepto de abandono, como, la acción o efecto de abandonar o abandonarse, o como renuncia sin beneficiario determinado, conforme lo explica la Real Academia de la Lengua Española³⁴⁶. Abandono es entonces, el acto de dejar, descuidar o no atender algo que se debe.

La noción de abandono como el acto de dejar de lado o descuidar cualquier elemento, persona o derecho que se considere en responsabilidad o posesión de otro individuo, puede ser aplicado en distintos ámbitos del saber, que para el caso de esta investigación, *es el abandono de los deberes que como obligaciones parentales tienen*

³⁴⁵ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de febrero de 2012, p. 15.

³⁴⁶ <http://dle.rae.es/?id=023UD0Z> (Consultado el día 16 de mayo de 2016).

los padres respecto de sus menores hijos; éste puede implicar que un individuo descuide a otro y pueda generarle daños como consecuencia de esa conducta, ya de tipo material, emocional, moral o legal.

Como se ha apuntado en esta investigación, a partir del siglo XX inicia el discurso humanizado de la familia en relación a los hijos, enfatizado principalmente en los deberes de los padres, más que en sus derechos o facultades sobre o hacia los hijos; esto es, considerar que los padres en el ejercicio de la patria potestad como una función pública, de vital importancia, es una institución de salvaguarda para los niños y no para los padres, como nos informa Carla Villalta, quien afirma:

En las primeras décadas del siglo XX comenzó a formularse un discurso sobre la familia que enfatizaba fundamentalmente las obligaciones de los padres respecto de sus hijos. Así fueron relativizados los derechos, otrora considerados absolutos, de los progenitores y se hizo hincapié en las responsabilidades que éstos debían asumir para ser considerados legalmente como tales. Si en el pasado la actitud jurídica y social hacia la familia había estado fuertemente influida por la Iglesia Católica, en el proceso de conformación de este nuevo discurso tuvieron un destacado papel los médicos y los juristas, aquellos individuos provenientes de las disciplinas que proporcionaron las claves de lectura para los “problemas sociales” de la época. En el plano normativo, una de sus consecuencias fue la reformulación de los alcances de la patria potestad. Institución proveniente del derecho romano en la que se conjugaban dos espacios de orientación jerárquica: el género y la edad, ya que hacía referencia a los derechos del padre varón sobre la persona y las propiedades de los hijos legítimos³⁴⁷.

³⁴⁷ Lionetti, Lucía y Míguez, Daniel (comps.) *Las Infancias en la Historia Argentina. Intersecciones entre Prácticas, Discursos e Instituciones* (1880-1960), Pro historia, Rosario, 2010, pp. 71-93. (consultado en internet el día 17 mayo de 2016).

En esta visión, el abandono es una situación que se relaciona de manera negativa con las obligaciones parentales que los padres tienen respecto de sus hijos. Estas obligaciones parentales constituyen las bases de atención, cuidado y protección que los niños deben gozar en los términos que hemos venido comentando respecto del cúmulo de derechos humanos del niño. Esto lleva a comprender que los padres tienen obligaciones de carácter parental y obligaciones de carácter conyugal en el seno de una familia y, lo mismo podemos afirmar respecto de una relación de concubinato donde aparecen dos figuras paternas³⁴⁸.

Las obligaciones parentales serán en general aquellas que tiendan a la subsistencia, establecimiento y atención de la función *nutricia*, que corresponde al aspecto material y psicológico y a la función normativa, referida a la humanización y a la socialización del niño. Así nos ilustra Miguel Ángel Soto Lamadrid, cuando explica que:

Son los padres, pues, en primer término, los obligados a cumplir actividades de enorme trascendencia para la vida, la salud y el correcto desarrollo de los menores a su cargo, como son las funciones *nutricia*; material y psicológica, y la normativa, que se manifiesta en dos vertientes: la humanización y la socialización pero, [...] La función *nutricia* material se traduce en la obligación natural y jurídica de dar alimento a los menores e incapacitados, [...] que incluye la comida, la habitación, la ropa, la atención médica y medicinal y, para algunos códigos, la educación y el sano esparcimiento, cuando se trata de menores³⁴⁹.

Por función *nutricia*, de acuerdo al derecho civil estatal, se comprenden los alimentos en general que consisten en la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Además, para los menores los gastos necesarios para la educación

³⁴⁸ En el caso de familias constituidas por un solo adulto, es decir, una familia monoparental no es posible hablar de obligaciones conyugales ya que en su composición sólo se encuentra un sujeto obligado de momento, frente a los derechos del niño en cuanto al tema de la convivencia, custodia y educación. Ver inciso 1.7., para mayor comprensión de los distintos sistemas de familia analizados en esta investigación.

³⁴⁹ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Ed. Beilis, 2011. p. 138.

primaria y, para proporcionarle algún oficio, arte o profesión de acuerdo a sus circunstancias personales³⁵⁰. Esto es, el aspecto material que corresponde al alimento como aquellos nutrientes sólidos y líquidos que deben otorgarse al niño con lo cual, se permita su sano crecimiento y desarrollo. El vestido, como toda aquella prenda que le permita cubrirse de su desnudez, ya sea del frío, calor, viento. La habitación como el lugar físico o material donde debe vivir con comodidad y pertinencia para su pleno desarrollo. La asistencia médica como la obligación de procurar, preservar y cuidar la salud del niño, evitando que enferme o sea objeto de dolores o molestias innecesarias que afecten su estado de salud. También debe proporcionársele al niño la oportunidad y el apoyo suficiente para acudir a la escuela para educarse y formarse de tal manera que pueda adquirir las habilidades, oficios, destrezas o profesión necesaria para su vida adulta.

Bajo estos sustentos y criterios, la función normativa viene a complementar la debida humanización y socialización del niño, como las cualidades y condiciones necesarias que le permitan relacionarse con su entorno; siendo una institución básica de socialización, la familia y en su oportunidad la escuela y la propia sociedad complementan al proceso de socialización. Al respecto y de acuerdo al tema, insiste Miguel Ángel Soto Lamadrid, que “... si lo que falta es la función humanizadora, el niño mantendrá, en mayor o menor medida, los rasgos propios de su origen animal; en los casos extremos de abandono, será incapaz de hablar o caminar erguido y, en los menos severos, responderá principalmente a sus instintos y no desarrollara la empatía y altruismo necesarios para vivir en sociedad...”³⁵¹.

³⁵⁰ Artículo 305 del Código Civil para el Estado de Baja California.- Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. Consultado el día 24 de mayo de 2016.

³⁵¹ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Ed. Beilis, 2011. p. 138.

Por lo tanto, la función nutricia y la función normativa en general vienen a integrar las obligaciones parentales que los padres tienen con respecto de los hijos como sujetos a derecho de protección, cuidado y establecimiento. Obligaciones parentales que corresponden atender a los padres, de acuerdo al ejercicio de la patria potestad, con independencia del tipo de familia o de estatus de relación o convivencia se tenga hacia con el niño por los padres.

Luego entonces, las obligaciones parentales se relacionan estrechamente con el abandono que los padres por descuido, negligencia o intencionalidad, que de manera directa afectan los derechos de los niños; es decir, el abandono familiar de sus obligaciones, los padres ponen en riesgo o afectación de los derechos humanos consagrados en los diversos dispositivos normativos internacionales y nacional al respecto, por esto, los padres están obligados por ley, a sostener, atender y procurar el cúmulo de obligaciones parentales ya comentadas.

Con lo antes expuesto, se está en condiciones de explicar las características del abandono familiar. Iniciamos por supuesto con la siguiente pregunta ¿Qué se entiende por abandono familiar? Se entiende como aquella conducta identificada por el derecho como un hecho ilícito o penal que consiste en incumplir con los deberes de asistencia de quien legalmente tiene esa obligación en relación con su familia o hijos. El abandono, como se advertirá más adelante, también es considerado como un tipo de maltrato psicológico, una forma de maltrato que se ejerce respecto de los niños y que ocurre cuando no se les suministra lo necesario para su subsistencia, establecimiento y desarrollo.

Como características del abandono se integran, entre otros actos:

- Permitir que el niño presencie actos de violencia o maltrato severo entre los padres o adultos.

- Ignorar, insultar o amenazar al niño con violencia.
- No suministrarle al niño un ambiente seguro y de apoyo emocional por parte de los adultos.
- Mostrar descuido imprudente por el bienestar del niño³⁵².

Estos actos de abandono, originan en el niño, deficiencias de conducta, aprendizaje, déficit de atención e hiperactividad y otros relacionados con la adaptación. En el transcurso de esta investigación expusimos la teoría del apego, que indica que los tres primeros años de vida del infante son fundamentales para su bienestar y desarrollo general. Esto significa que para su adecuado desarrollo los niños tienen una necesidad básica biológicamente determinada y especialmente activa durante los tres primeros años de vida, en la que deben mantener una relación estable con un adulto que les proporcione contacto, seguridad y afecto³⁵³.

Cabe aclarar, que el niño abandonado es aquel que estando en una familia, uno o dos de los padres lo abandonan y, puede darse el caso inclusive, del niño expósito; en cambio, los niños que huyen del hogar o que no tienen hogar, son los niños en las categorías de niños de la calle, respecto de los cuales el panorama es diferente al de los niños que son objeto de estudio de esta investigación. Los niños de las calle son víctimas de vicisitudes diversas a los factores que estamos advirtiendo en la presente investigación³⁵⁴.

También, es oportuno señalar los siguientes conceptos referentes a la caracterización del abandono familiar, ya que a criterio del suscrito, inciden sobremanera en las condiciones o factores que motivan o generan el abandono en perjuicio de los niños por

³⁵² www.notinfancia.org.pe/online/2007/texto/Domay26.doc (Consultada el día 26 de mayo de 2016).

³⁵³ Adroher Biosca, Salomé, Gómez Bengoechea, Blanca y Berastegui Pedro-Viejo, Ana. Dykinson, España, Revista: *Se busca familia para un niño. Perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad* 2015. p. 20.

³⁵⁴ Para mayor información respecto de niños de la calle, consúltese el “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre 1999 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cita en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf (Consultado el día 26 de mayo de 2016).

parte de los padres en descuido o desatención de sus obligaciones parentales y por ende de los derechos humanos del niño que ponen en riesgo la integridad personal, las condiciones de bienestar y el libre desarrollo de la personalidad del niño, como son:

Abuso de la fuerza.- Es el ejercicio absurdo e irracional de la fuerza. La fuerza como tal, es neutral, su empleo varía dependiendo del uso que se le dé. En el caso de los problemas familiares, el abuso constituye un ilícito moral o jurídico cuando se causa daño a otra persona. Aparecen dos elementos; fuerza y daño³⁵⁵. La fuerza puede ser física o moral y el daño consiste en el atentado contra las integridades físicas, psíquicas o ambas del familiar agredido. Constituye por tanto, un ejercicio del poder o jerarquía de la que se tiene en contra de otro sujeto, al cual, mediante el uso abusivo se le obliga a actuar de determinada manera. Se dice entonces, que el abuso de la fuerza en el ámbito familiar se caracteriza por el uso del poder que hace una persona con más poder frente a otros con menos poder, donde hay una relación de familia³⁵⁶.

Omisión.- Es la abstención de hacer algo. Para el diccionario Larousse, la omisión es la abstención de hacer o decir. Para el derecho civil omisión es el no actuar o hacer lo que se debe no hacer y como consecuencia, se genera un daño a otro (ilícito civil). Ésto es, que no se cumple el objeto del derecho que es la conducta o contenido patrimonial que el deudor debe realizar. En materia familiar, Manuel F. Chávez y Julio A. Hernández dicen, que la omisión es el hecho que el obligado debe no hacer, como uno de los objetos de la obligación. Afirman que la omisión es un no hacer de lo que debería hacerse. Es una inactividad humana, un no proceder. La omisión en el derecho familiar es abstenerse de hacer lo que se está obligado el sujeto y al no hacer pone en

³⁵⁵ Chávez Asencio, Manuel F. y Hernández Barros, Julio A, *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana*, México, Porrúa, 2003, p. 32.

³⁵⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar, temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011. p. 36.

riesgo o peligro al sujeto protegido. La omisión equivale a una imputación personal de responsabilidad ya sea personal, familiar o patrimonial³⁵⁷.

Atentado.- Es todo aquel acto que tiene por efecto causar un daño. “El atentar o actuar en contra significa que el efecto es causar un daño”³⁵⁸. Atentar significa en consecuencia tratar de dañar a otro y no lograrlo por circunstancias o condiciones diversas al autor del ilícito o atentado. Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación el atentado en materia familiar es el acto u omisión que tiene por efecto dañar física o emocionalmente, o bien, susceptible de afectar la esfera psíquica, sexual o económica del receptor del abandono o de la violencia³⁵⁹.

Conducta ilícita.- Es todo acto u omisión que lleva implícito una conducta del hombre; conducta que para calificarse de legal, debe estar conforme o en armonía al orden jurídico. Esto es que una conducta puede calificarse de lícita si está conforme o armonía con el ordenamiento legal, o calificarse como conducta ilegal si está en contravención al orden jurídico. La conducta ilícita lleva implícito una sanción que se entiende en sentido negativo amplio, es la consecuencia o el castigo que se produce tras la inobservancia de las reglas de conducta³⁶⁰.

La conducta humana en sociedad debe entonces, desarrollarse de acuerdo a las prescripciones legales para hacer posible la sana convivencia social. Por lo tanto, lo ilícito significa lo que impide, o, lo menos, estorba a la armonía entre los sujetos de la relación jurídica³⁶¹, es un acto antijurídico o ilícito que merece ser sancionado. En el derecho familiar, la conducta ilícita es generadora de violencia familiar al vulnerar

³⁵⁷ Chávez Asencio, Manuel F. y Hernández Barros, Julio A, *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 33.

³⁵⁸ *Ibíd.*, p. 37.

³⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar, temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011. p. 37.

³⁶⁰ Vázquez, Rodolfo, *Teoría del Derecho*, México, Ed. Oxford, 2008, p. 97.

³⁶¹ Chávez Asencio, Manuel F. y Hernández Barros, Julio A, *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 38.

determinados deberes, obligaciones y derechos que se deben guardar los familiares entre sí³⁶².

Cuando se da el abandono por los dos padres. Para Mónica González Contró tradicionalmente se ha atribuido la atención de las necesidades de los niños a la familia, tal vez por asumir que dentro de ella el menor se encuentra protegido y deba desarrollarse plenamente³⁶³. Pero no siempre resulta así, ni es sostenible afirmar que la familia o los padres siempre están al cuidado de los hijos y de sus diversas necesidades nutricias o normativas en general. Puede ser el caso que el niño sea abandonado por los dos padres biológicos, quedando el niño en una situación de abandono o expósito totalmente vulnerable a las circunstancias materiales y afectivas. Al ser abandonado por los dos padres quedan expuestos o suspendidos sus diversos derechos y/o prerrogativas.

Para Joaquín Ruiz-Giménez, en atención a la Convención sobre los Derechos del Niño, propone los valores éticos y principios normativos básicos que le corresponden al niño:

- El valor de la vida en sí misma.
- El valor de la dignidad, que se refleja en las prohibiciones de injerencias arbitrarias, en la tutela de la honra y reputación.
- El valor de la libertad que se desprende del amplio sistema de libertades: opinión, información, expresión, pensamiento, conciencia, religión.
- El valor de la seguridad: protección contra retenciones y traslados ilícitos, malos tratos, abandonos,³⁶⁴ trabajos nocivos e ilegales, explotación y tráfico de niños.

³⁶² Ibídem, p. 39.

³⁶³ González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 151.

³⁶⁴ Lo subrayado es propio, para resaltar la prohibición de infligir malos tratos y abandono del niño, como es el caso del abandono del niño por los dos padres, considerándose como un tipo de maltrato infantil, por la exposición directa y grave de los diversos derechos que como vitales mínimos le corresponden por la fuerza del derecho y la ley.

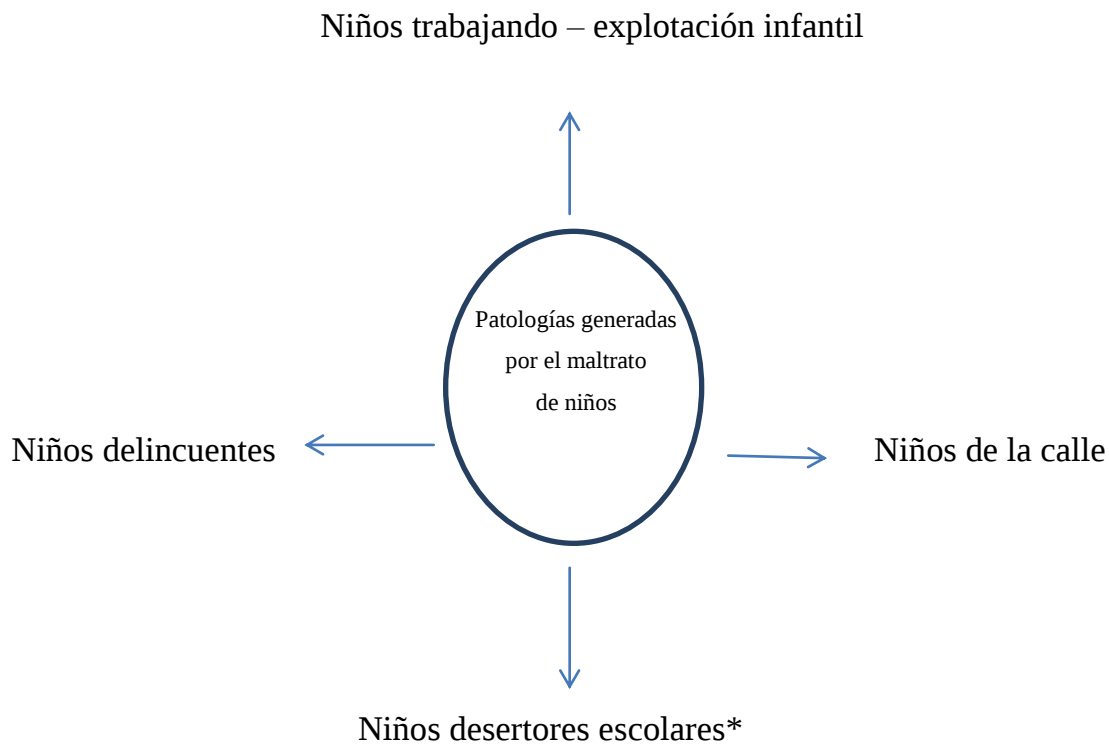
- El principio de protección universal de los menores por parte de los Estados.
- El principio de primacía del interés superior del niño.
- El principio de subsidiariedad que obliga al Estado, por un lado, a respetar el derecho de los padres o tutores o personas responsables y, por el otro, a hacerse cargo de esas funciones cuando decaigan en el ejercicio de las mismas personas primariamente responsables.
- Y los principios procesales de protección, vigilancia y exigencia de responsabilidades.³⁶⁵

Estos valores y principios, en el caso del abandono por los dos padres, vulnera la esfera jurídica del niño y de su situación de dependencia afectando su bienestar físico, emocional y moral. Esta situación de abandono por los padres o uno de ellos, genera diversos problemas sociales y nuevas realidades de afectación del niño, como son niños expósitos, niños de la calle, niños delincuentes, niños y deserción escolar, niños menores trabajadores o explotación laboral infantil, entre otros problemas. A su vez, estos generan otros fenómenos sociales complejos.

También, hay que reconocer que conforme a la función básica de la familia, esta adquiere un valor relevante en las relaciones de sus integrantes, por ello, la ley reconoce y protege a la misma como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Como lo hemos venido afirmando en anteriores apartados, corresponde prioritariamente al padre y a la madre la responsabilidad compartida de la protección, atención y procuración de los diversos derechos del niño, según se dispone así en el artículo 9no de la Convención sobre los Derechos del Nino.

³⁶⁵ Ruiz-Giménez, Joaquín, *La Convención de los Derechos del Nino, hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza)*, *La Convención de los Derechos del Nino. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca, 1996, p. 88.

De este modo, abandonado el niño por sus padres y no en custodia de otro familiar cercano o del propio Estado a través de sus diversas instituciones, pueden resultar diversos panoramas sociológicos de exposición o explotación del niño, lo que intento resumir en el siguiente diagrama:



* Elaboración propia con base en la información recopilada.
Tabla número 6.

También, es de advertir que cuando se da el abandono del niño es posible afectar su derecho a su identidad, ya que no sabría quiénes son sus padres biológicos, siendo un derecho supremo del niño el saber o conocer su identidad, esto es, saber quiénes son sus padres biológicos, por encima de un derecho de tercero o derecho procesal o administrativo de asignación de una familia que sustituya a la biológica, con lo que se justifica la situación de considerar que el abandono de la familia o desatención de los padres biológicos, debe considerarse como una violación directa a su derecho

fundamental a tener y pertenecer a su familia originaria por filiación, como fue apuntado en la fundamentación normativa de esta investigación³⁶⁶. Esto se traduce en el derecho a la identidad y vida digna que más adelante analizaremos.

El caso del abandono por un solo padre. En este caso, hay que considerar que el niño no se encuentra en un estado de abandono total, sino parcial o relativo por uno de los padres que está incumpliendo con sus obligaciones parentales. El niño queda o está a la guarda y custodia del otro padre. En el apartado 1.10 habíamos analizado el contenido y alcance de la patria potestad. Aquí habremos de recodar algunos aspectos, como los sujetos activos que son los padres y los sujetos pasivos que son los menores.

³⁶⁶ MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA. Si bien dentro de los bienes y valores supremos inalienables tutelados por nuestra Constitución Federal, se encuentra, por un lado, la protección de la organización y el desarrollo de la familia, pues así se establece en el primer párrafo del artículo 4o. de la Norma Suprema, al disponer que "el varón y la mujer son iguales ante la ley, y que ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia", lo cual es entendible por ser ésta el origen de la sociedad, y en lo posible el núcleo de sus integrantes debe permanecer unido procurando su estabilidad, cohesión y ser protegida hasta el límite posible. Sin embargo, la propia Carta Fundamental, dentro del mismo precepto, establece los derechos de los niños en una igual dimensión, pues sus párrafos 5o., 6o. y 7o., sucesivamente, disponen que "los niños y las niñas tienen derecho, entre otros, a que el Estado debe proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos"; ante lo cual, puede apreciarse que la Constitución establece una misma jerarquía normativa tanto para la protección de la familia, como de los niños. En este contexto, dentro de la ponderación de los valores enunciados, esto es, el balance o contrapeso de un derecho frente al otro, el derecho de los niños a conocer su verdadera identidad tiene mayor peso, pues la posibilidad de conocer con exactitud su origen genético les brinda certeza en cuanto a su verdadera ascendencia, lo cual redundaría en un beneficio psicológico y emocional, pues al conocer quiénes son sus legítimos padres les despierta un sentimiento de confianza, apoyo moral y pertenencia hacia su verdadero núcleo familiar, al saberse protegidos y educados por quienes son sus auténticos progenitores. Esto finalmente resulta más provechoso para el menor por encima de la supuesta protección al grupo mediante la pretensión de forzar indebidamente la unidad de una familia, tratando de preservar el vínculo, aun a sabiendas de que entre sus integrantes puede existir uno o varios de ellos sobre quienes recae la sospecha de no existir un lazo filial real. Por tanto, acorde con la normatividad nacional e internacional que privilegia el interés superior de los menores, es inconcuso que la protección de los derechos de los niños merece una tutela mayor por ser la parte más débil dentro del concepto de la familia, y ser quienes pueden sufrir un mayor perjuicio dependiendo de la medida que se asuma; de ahí que cuando en un litigio el juzgador se ve ante la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación entre valores constitucionales iguales en categoría, o sea, escoger entre la protección del núcleo familiar, frente al derecho de los niños para conocer a plenitud su verdadera filiación, el primero debe ceder respecto del segundo. Época: Novena Época. Registro: 166625. Instancia: DECIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXX, Agosto de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: I.10o.C.73 C. Pág. 1661. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Pág. 1661. DECIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 268/2009. 1o. de julio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Pérez Grimaldi. Secretario: Ramón Hernández Cuevas.

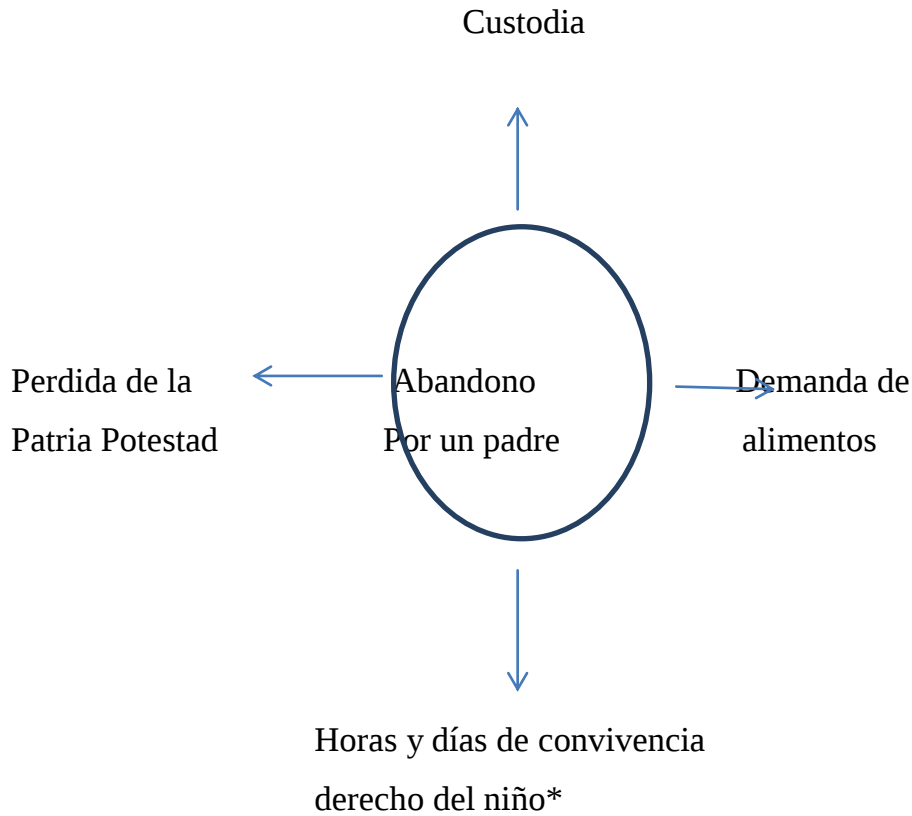
Se estableció que la patria potestad es la institución de guarda y custodia de un menor tanto en su persona como en sus bienes. Lo que se entiende como “una función en la que los padres y los abuelos cuentan con determinadas facultades o derechos concedidos por la ley para que cuiden de la persona y bienes de sus descendientes, administren sus bienes y los representen”³⁶⁷. Asimismo, la custodia es la figura consustancial del ejercicio de la patria potestad; ya dijimos que esta es indispensable para el cuidado, crianza y educación del niño. Cabe insistir pues, como ya se apuntó en el apartado 1.10 de esta investigación, que la patria potestad, hoy en día, debe ser concebida más que como un poder, como una carga³⁶⁸ en la que los padres tienen el deber de cuidar y asistir a sus menores hijos, y no someterlos y aplicarles correctivos, ya físicos, ya emocionales. Por ende, la patria potestad la entendemos como el ejercicio legítimo de subordinación, más no de poder, sobre los menores de edad, con el fin principal de su guarda, custodia y educación. Luego entonces, ambos padres tienen el deber compartido de asistir a su o sus menores hijos. Por lo que el caso del abandono por parte de uno de los padres vulnera la esfera jurídica de bienestar del niño, pero de manera distinta a la del caso de abandono total y absoluto de los dos padres.

De la situación de abandono por un padre de su menor hijo. Se considera que se dan las siguientes situaciones: no se cumple con la custodia material y se afecta la relación de filiación, por ende, las relaciones interpersonales que deben privilegiarse entre padre e hijo y del desarrollo conveniente del menor, para su seguridad emocional y moral que de ello deriva. En este caso, también se priva al menor de su bienestar general, económico y de confort, aunque esté presente el otro padre; se generan causales de pérdida de la custodia o pérdida de la patria potestad; puede dar lugar a diversos conflictos como la reclamación del pago y aseguramiento de alimentos y en su

³⁶⁷ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Ed. Oxford, 2012, p. 267.

³⁶⁸ Paños Pérez, Alba, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, España, Ed. Atelier, 2010, p. 46.

caso, la presencia innecesaria y a veces perjudicial del niño ante los tribunales respectivos. El siguiente diagrama muestra lo específico al caso:



* Elaboración propia con base en la información recopilada.
Tabla número 7.

Titularidad y ejercicio de la patria potestad. En este punto, en el abandono del niño por uno de los padres se distingue la titularidad de la patria potestad de la del ejercicio de la misma. Habremos de establecer que el padre que abandona³⁶⁹ puede contar de momento con los derechos y titularidad de la patria potestad al igual que el padre custodio, empero, no ejerce la misma por un acto de descuido o de negligencia maliciosa. Esto es que la atribución de la patria potestad es conjunta para el padre o la

³⁶⁹ De momento considerando el abandono como un acto de carácter voluntario y de descuido del padre – abandonador-, no ordenado por autoridad judicial al caso, sino, solo por el hecho de su decisión descuidada, negligente o maliciosa.

madre, pero eventualmente puede o es ejercida por uno de los progenitores y esto es posible cuando el padre y la madre se encuentran separados, en proceso de divorcio, divorciados o uno está ausente³⁷⁰, lo que permite la distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad.

Se dan los supuestos de contener la titularidad de la patria potestad y abandonarla sin causa o motivo alguno, perjudicando la relación integral con su menor hijo en un acto de descuido negligencia maliciosa³⁷¹, o el caso, de una suspensión³⁷² de la misma, por actualizar los supuestos de la norma legal aplicable al caso o de los supuestos de la pérdida de la patria potestad³⁷³ que pueda imponer la autoridad judicial. En punto de lo expuesto, el padre que abandona sin motivo o justificación legalmente válida, eventualmente está generando los supuestos de suspensión o de pérdida de la patria

³⁷⁰ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Cevallos, Tomo II, 2009, 509.

³⁷¹ Que es el punto central de esa investigación respecto del abandono del menor afectando sus diversos derechos humanos a pertenecer a una familia.

³⁷² ARTÍCULO 444.- La patria potestad se suspende: I.- Por incapacidad declarada judicialmente; II.- Por la ausencia declarada en forma; III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. Del Código Civil para el Estado de Baja California, consultado el día 30 de junio de 2016.

³⁷³ ARTICULO 441.- La patria potestad se pierde: I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando haya sido condenado por delito grave; II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 280; III.- Cuando por las costumbres o hábitos de quienes la ejercen, malos tratos o abandono de sus deberes, uso de algún tipo de enervante, alcoholismo, prostitución, que afecte o ponga en riesgo la seguridad, la salud, la moralidad, la tranquilidad, el bienestar o el desarrollo armónico de los menores o incapaces, aun cuando esos hechos o conductas no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal; IV.- Cuando quienes ejercen la patria potestad permitan o toleren que otras personas atenten contra la seguridad e integridad física, emocional y sexual de los menores o incapaces; V.- Por el abandono sin causa justificada que el padre, la madre o quien ejerza la patria potestad hiciere de los menores o incapaces, por más de tres meses en alguna institución de asistencia pública o privada; y VI.- Cuando se exponga por más de un día al menor o incapaz, poniendo en riesgo su integridad personal. Para los efectos del párrafo anterior, se considera expósito al menor cuyo origen se desconoce y se coloca en situación de desamparo en un hospital, casa particular o algún paraje público o privado por quienes conforme a la Ley están obligados a protegerlos. Se reputa abandonado al menor cuyo origen se conoce y respecto de quien, los que ejercen la patria potestad o tutela, dejaron de cumplir sus deberes; aceptando la posibilidad de que alguna institución pública o privada se haga cargo del mismo. El abandono no se interrumpe por el hecho de que el padre, la madre o quien ejerce la patria potestad o tutela, visitaren a los menores desamparados sin asumir de inmediato el ejercicio de los deberes que natural y legalmente se deriven de la relación paterno-filial. El Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia, por conducto de la Procuraduría para la defensa del Menor y la Familia podrá promover la pérdida de patria potestad de los menores expósitos o abandonados y tendrá atribuciones para promover, en su carácter de tutor, la reintegración inmediata y oportuna de estos menores a un ambiente familiar a través de hogares adoptivos o substitutos. Del Código Civil del Estado de Baja California, consultado el día 30 de junio de 2016.

potestad, lo que trae como colación que se le impida la convivencia normal y funcional con su menor hijo, violentando los derechos humanos del niño.

3.3.- Afectación de los derechos humanos en caso de abandono

Como se ha insistido en esta investigación, los niños conforme a las normas internacionales, nacionales y locales poseen un cúmulo de derechos que deben prevalecer en su esfera jurídico personal y patrimonial, con base en una familia que les provea de las atenciones y apoyos necesarios para su bienestar. Con el bagaje jurídico estudiado se identificaron los derechos humanos y prioritarios del niño como son, el derecho a la vida, a la educación, a la alimentación adecuada, a la salud, a la identidad, a la libertad y a la protección³⁷⁴, que incluye todos aquellos aspectos de salvaguarda de su dignidad y desarrollo como persona, que por ende, es su derecho humano a vivir en el seno de una familia que les garantice plenamente su desarrollo y bienestar.

Se describen a continuación los derechos que garantiza las condiciones de vida que hacen posible el respeto al niño en cuanto a su vida, integridad física y mental, salud e identidad propia.

- I. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;
- II. Derecho de prioridad;
- III. Derecho a la identidad;
- IV. Derecho a vivir en familia;
- V. Derecho a la igualdad sustantiva;
- VI. Derecho a no ser discriminado;
- VII. Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral;
- VIII. Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal;

³⁷⁴ <https://www.humanium.org/es/derechos/> (Consultado el día 14 de abril de 2016).

- IX. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social;
- X. Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad;
- XI. Derecho a la educación;
- XII. Derecho al descanso y al esparcimiento;
- XIII. Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura;
- XIV. Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información;
- XV. Derecho de participación;
- XVI. Derecho de asociación y reunión;
- XVII. Derecho a la intimidad;
- XVIII. Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso;
- XIX. Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y
- XX. Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones³⁷⁵.

Tradicionalmente, se ha atribuido la atención de las necesidades y de los derechos de los niños a la familia³⁷⁶, donde se supone que el niño se encuentra protegido y puede desarrollarse plenamente. Lógicamente, el niño no puede proveerse por sí mismo los satisfactores necesarios para su desarrollo pleno en el desarrollo de su infancia, por lo que, conforme a la teoría del niño se le ubica como un “incompetente básico”, que por su situación de vulnerabilidad se encuentra a disposición de sus padres o de las personas que lo deben de cuidar, tomando en cuenta que su autonomía la irá adquiriendo con el transcurso del tiempo mientras vaya creciendo.

Si bien es cierto que el niño puede ser calificado como incompetente básico, por lo menos durante los primeros años del desarrollo, y que por tanto se justifican las medidas paternalistas en el ejercicio de sus

³⁷⁵ Artículo 13 de Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

³⁷⁶ González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 151.

derechos, no hay que ignorar que, tal como sostiene Archar, los distintos derechos requieren de distintas competencias, es decir, es una cuestión progresiva, y en la medida en que se van desarrollando ciertas habilidades, es necesario ir permitiendo el ejercicio de algunos de éstos³⁷⁷.

Como ejemplo de competencias o incompetencias básicas del niño, podemos mencionar que él no puede decidir a donde viajar o trasladarse, esa decisión le correspondería en su caso a sus padres, pero sí goza de un derecho absoluto, por ejemplo, cuando decimos que tiene “derecho a ser alimentado adecuadamente” o a no ser golpeado o esclavizado. Este no es un derecho de los padres, simplemente se impone por ley, en cuanto que el niño tiene derecho y se le debe respetar tales derechos humanos. De aquí resultan los llamados derechos especiales, que son aquellos que derivan de transacciones o relaciones especiales entre individuos y que constituyen una justificación para intervenir en la libertad de otra persona³⁷⁸, que en el caso que nos ocupa, es la relación del padre o padres en atención al cuidado y guarda del niño.

Se ratifica en esta forma, que la familia tiene un papel fundamental en el desarrollo y cuidado del niño, y que como se transcribió del artículo 22 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, estos tienen derecho a vivir en familia y que inclusive, la falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni causa para la pérdida de la patria potestad. Por ende, el niño tiene derecho a tener una familia y a la convivencia con la misma, así como gozar y tener un espacio o medio ambiente sano y sustentable con las condiciones suficientes y necesarias para su desarrollo, bienestar, crecimiento saludable y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, ético, cultural y social, que debe conceder su familia, por lo que debe comprenderse en el marco de una cercanía y convivencia constante, permanente y regular con su padres.

³⁷⁷ Ibídem, p. 372.

³⁷⁸ Ibídem, p. 217.

La familia del niño integrada por sus dos padres o por uno de ellos, son responsables de procurarle su bienestar general y condición de vida adecuados, al grado de afirmar, que los niños tienen el derecho general y amplio de ser felices. Entendiendo el concepto de felicidad en palabras de Mario I Álvarez, como:

Si bien hoy una cuestión como la felicidad parece ser de índole exclusivamente individual o, si se quiere, reservado al ámbito privado de las personas, en algunas declaraciones políticas del siglo XVIII la situación era harto diversa. Es, de hecho, bastante fácil rastrear textos en donde consta dicha idea de la felicidad como dependiente, en buen grado, de la acción de los gobiernos y las instituciones. La Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776, como ejemplo arquetípico de dichos textos, aludía textualmente a la felicidad del modo siguiente: “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de busca y obtener la felicidad y la seguridad.” (...) “Que el gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad...”³⁷⁹.

Es claro que el adjetivo “feliz”, no es un derecho en sí, ni un contenido normativo – vinculatorio, esto es, no es posible su positivización en el contenido de una norma jurídica o en un derecho humano, pero en el panorama o clima del contexto de la buena condición de vida para el pleno desarrollo integral del niño, es necesario su actualización a modo de afecto, como dice Farith Simon:

La noción de “afecto” hace referencia al “amor” del Preámbulo de la CDN. El afecto (o el amor) es un sentimiento y no está sujeto a la voluntad personal por tanto el mismo no puede ser establecido como obligación en sí mismo, pero sí se puede regular las actividades por medio de las cuales se expresa. La “comprensión” tiene que ver con la

³⁷⁹ Álvarez Ledesma, Mario I, *Acerca del Concepto Derechos Humanos*, México, Ed. Mc Graw Hill, 1999, p. 15.

capacidad de entender. La felicidad tampoco jurídicamente se puede regular, pero al igual que el amor, se puede establecer algunas condiciones objetivas que aseguran las condiciones para que se dé un ambiente de felicidad³⁸⁰.

Con lo que se colige que el niño tiene el derecho innato a su vida y libertad necesarios para obtener la felicidad y seguridad posibles, que le permitan crecer y desarrollarse plenamente, en cuanto a considerarlo como un incompetente básico, sólo en el tiempo y en las circunstancias necesarias en las que va adquiriendo seguridad física y autonomía conforme al salvamento de sus necesidades básicas.

Como ya se apuntó, la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁸¹ en el artículo 2 anuncia que: “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. [...]”³⁸². Aunque no contenía ni contiene ninguna referencia a la edad del niño, no cabe duda de que las niñas y niños son considerados personas y por tanto titulares de derechos³⁸³. Para la Declaración Universal de Derechos Humanos todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados de razón y conciencia que deben comportarse fraternalmente los unos con los otros³⁸⁴. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona³⁸⁵. De aquí el derecho humano del niño a vivir y pertenecer a una familia, como lo establece la referida Declaración:

Artículo 25.-

³⁸⁰ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo II, 2009, p. 63.

³⁸¹ Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, de las Naciones Unidas.

³⁸² <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (consultado el día 26 de marzo de 2016).

³⁸³ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 42.

³⁸⁴ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 12.

³⁸⁵ *Ibíd*em p.12.

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.

Esta disposición establece el derecho a un nivel de vida adecuado para todas las personas y la familia en cuanto a su salud y su bienestar con especial atención a los alimentos, el vestido, la vivienda y los servicios sociales indispensables para asegurar tales derechos, que de ser abandonado el niño, lo privaría de ella de manera grave. La Declaración de los Derechos del Niño³⁸⁶, como instrumento internacional, reconoció que el niño por su falta de madurez física y mental necesita de cuidados y protección especiales, incluida la protección integral legal, tanto antes como después de nacido, por lo que resulta de vital importancia que el niño tenga una infancia feliz y pueda gozar de diversos derechos, que se deben orientar conforme a diversos principios que serán rectores en las actividades de las autoridades, de las normas legales y políticas públicas a desarrollar en beneficio del bienestar del niño.

En el mismo instrumento en su Preámbulo dispone que tiene como “fin [...] tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian. Se dirigía exclusivamente a los responsables de la protección de esos derechos...”³⁸⁷. Por lo que el niño, como sujeto de derecho debe

³⁸⁶ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 25.

³⁸⁷ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008, p. 44.

proveérsele todo lo necesario para su adecuado desarrollo en el ámbito de una familia, donde se le provea de amor y comprensión.

Posterior a la Declaración Universal y la Declaración de los Derechos del Niño, surgió la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁸⁸. En esta Convención se afirma que los Estados parte reconocen a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y, en particular de los niños, que deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad³⁸⁹. Se reconoce que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, debiéndose preparar al niño para una vida independiente en la sociedad y ser educado con el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas.

En estos instrumentos se hace referencia al niño como centro de la familia, y esta a su vez, en el centro de la sociedad. Se utilizan además los adjetivos “felicidad”, “amor” y “comprensión”, como elementos base para la atención amplia del niño y su desarrollo pleno y armonioso, como estandarte fundamental de actividad y esfuerzo de las naciones, familias y sus sociedades en relación al niño, por lo que este tiene derecho a ser feliz.

Luego entonces, la afectación de los derechos humanos del niño en caso de abandono familiar, trae consigo la violación a su normal, pleno y feliz desarrollo que le puede privar de una vida adecuada a su situación de prevalencia y vulnerabilidad, no debiendo ser objeto de maltratos psicológicos o físicos; al no atender al niño en su

³⁸⁸ Fecha de adopción de la Convención el 20 de noviembre de 1989; entrada en vigor a nivel internacional: 2 de septiembre de 1990; vigente en México a partir del 21 de octubre de 1990.

³⁸⁹ Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 133.

adecuada alimentación puede provocarle desnutrición o daños que inclusive trasciendan a su vida adulta al no desarrollarse adecuadamente, al no vestirlo y arroparlo adecuadamente, ya sea de un recién nacido hasta un adolescente, puede acarrearle daños en su salud. Asimismo, si no se le asiste en caso de enfermedades o prevención de éstas, el niño puede no generar resistencia a infecciones o daños o no tener al niño en un lugar adecuado y habitable se puede generar daños a su integridad corporal y, por último, al abandonarlo se le puede exponer o carecer de educación no formal como la formal, privándolo de los recursos, habilidades y requerimientos de índole cultural, educativo y científico que requerirá para el desarrollo de su vida presente y futura.

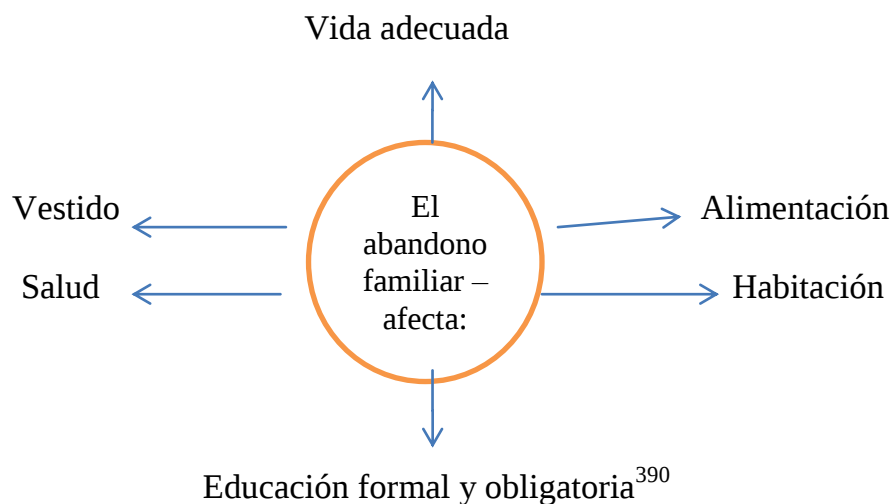


Tabla número 8.

En general, el abandono familiar puede generar situaciones de riesgo como los actos de privación de la vida del niño, omisión de cuidado, maltrato infantil, abandono y carencia de atenciones, abuso sexual, que en definitiva son perjudiciales a su salud corporal y psicológica. Por esto los padres o custodios en el seno de la familia, deben

³⁹⁰ Diagrama elaborado conforme al contenido de los alimentos que le corresponden a los menores de edad, según establece el artículo 305 del Código Civil para el Estado de Baja California.- Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

atender y cubrir las necesidades específicas de salud física y de autonomía del niño; más aún, los padres conforme al caudal normativo internacional y nacional expuesto, carecen de una esfera de inmunidad en el seno de la familia. Esto es, no cabe el postulado de “él es el padre” y puede corregir o limitar al niño en determinado sentido, sino al contrario, en el ejercicio de sus obligaciones parentales debe contar con las habilidades y recursos necesarios para la adecuada atención del mismo. La esfera de inmunidad no es un tema de orden privado, como opina Manuel Calvo García, al referirse a las violaciones de los derechos humanos del niño, en el sentido, que no habían sido entendidas como objetivo específico de intervención, sino hasta en épocas recientes, y no se percibía en el sistema jurídico como un problema social, ya que se disimulaba o velaba como un problema de tipo “privado” o “íntimo” dentro del seno de la familia, por lo que no se justificaba la intervención estatal³⁹¹, esto es, el niño quedaba expuesto a las decisiones buenas o malas de los padres.

Los padres conforme a las obligaciones parentales y el ejercicio de la patria potestad, deben procurar a sus menores hijos el cuidado y bienestar general, atento a lo establecido por los artículos 103 y 104 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños Adolescentes, por lo que la inmunidad en el seno de la familia no es un derecho de los padres, sino una serie de obligaciones a atender de manera puntual:

Artículo 103. Son obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como de las demás personas que por razón de sus funciones o actividades tengan bajo su cuidado niñas, niños o adolescentes, en proporción a su responsabilidad y, cuando sean instituciones públicas, conforme a su ámbito de competencia, las siguientes:

I. Garantizar sus derechos alimentarios, el libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio de sus derechos, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones aplicables.

³⁹¹ Calvo García, Manuel, *Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de medidas y protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Zaragoza, España, trabajo 17, 2006.

Para los efectos de esta fracción, los derechos alimentarios comprenden esencialmente la satisfacción de las necesidades de alimentación y nutrición, habitación, educación, vestido, atención médica y psicológica preventiva integrada a la salud, asistencia médica y recreación. Las leyes federales y de las entidades federativas deberán prever los procedimientos y la orientación jurídica necesaria así como las medidas de apoyo para asegurar el cumplimiento del deber de garantizar los derechos alimentarios;

II. Registrarlos dentro de los primeros sesenta días de vida;

III. Asegurar que cursen la educación obligatoria, participar en su proceso educativo y proporcionarles las condiciones para su continuidad y permanencia en el sistema educativo;

IV. Impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiada a niñas, niños y adolescentes, sin que ello pueda justificar limitación, vulneración o restricción alguna en el ejercicio de sus derechos;

V. Asegurar un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad;

VI. Fomentar en niñas, niños y adolescentes el respeto a todas las personas, así como el cuidado de los bienes propios, de la familia y de la comunidad, y el aprovechamiento de los recursos que se dispongan para su desarrollo integral;

VII. Protegerles contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata de personas y explotación;

VIII. Abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral. El ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes no podrá ser justificación para incumplir la obligación prevista en la presente fracción;

IX. Evitar conductas que puedan vulnerar el ambiente de respeto y generar violencia o rechazo en las relaciones entre niñas, niños y adolescentes, y de éstos con quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como con los demás miembros de su familia;

X. Considerar la opinión y preferencia de las niñas, niños y adolescentes para la toma de decisiones que les conciernan de manera directa conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, y

XI. Educar en el conocimiento y uso responsable de las tecnologías de la información y comunicación.

En casos de controversia, el órgano jurisdiccional competente determinará el grado de responsabilidad de quien tenga a su cargo y

cuidado a niñas, niños o adolescentes, atendiendo a los principios rectores de esta Ley.

Las leyes federales y de las entidades federativas deberán prever disposiciones que regulen y sancionen las obligaciones establecidas en el presente artículo.

Artículo 104. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes, independientemente de que habiten en domicilios distintos, darán cumplimiento a las obligaciones a su cargo de manera coordinada y respetuosa.

Luego entonces, no atender o cumplir los derechos humanos del niño ya analizados, puede traer diversa consecuencias negativas y perjudiciales para su desarrollo normal, conforme a las funciones de la familia, de carácter nutricia y normativa que vienen a integrar las obligaciones parentales que se tienen con respecto de los hijos como niños sujetos a derecho de protección, cuidado y establecimiento. Un ejemplo más de esto lo podemos advertir en el estudio que sobre la anemia infantil elaboró Fernando Pliego Carrasco, quien afirma que:

- Los niños que vivían con su mamá y papa casados en los dos años considerados (2002 y 2005) eran los que tenían menor prevalencia de anemia.
- En cambio, si los niños vivían con su mamá sola (divorciada o soltera) en los dos años considerados (2002 y 2005), tenían 109% más posibilidad de sufrir anemia.
- Si los niños habían tenido un proceso de transformación familiar, es decir, cuyos padres se habían divorciado o separado en el periodo analizado, la posibilidad de sufrir anemia era 44% mayor.
- En relación con los niños cuyos padres vivían en unión libre, el estudio demostró que había anemia (12%), pero la diferencia no era significativa en términos estadísticos³⁹².

³⁹² Pliego Carrasco, Fernando, *Las Familias en México. Estructuras de organización, proceso de cambio 2000-2010 y consecuencias en el bienestar de niños y adultos*, México, Ed. Porrúa, 2014, p. 82.

Esto es, que se aprecian efectos directos e inmediatos del niño cuando se encuentra en una familia disgregada o no funcional para el desarrollo de su cuidado, orientación y protección.

Para concluir este apartado, es necesario examinar, cuál sería el estilo o forma de crianza adecuado para la atención integral de los derechos humanos del niño. Se encontraron en esta investigación cuatro estilos de crianza reconocidos pedagógicamente y que combinan calidez y control, de acuerdo a lo expuesto por Graig Grace J., citada por Mónica González Contró:

- Autoritativo (con autoridad) con control moderadamente estricto y mucha calidez.
- Autoritario con gran control y poca calidez.
- Permisivo, poco control y mucha calidez, y
- Indiferente, con poco control y poca calidez³⁹³.

Consideramos que ningún estilo de crianza sería el adecuado, sino, aquel mecanismo o forma de vida en la que de manera integral se respeten todos los derechos humanos del niño que lo mantengan en condiciones de vida sostenibles y adecuadas para su desarrollo personal, que incluso, le asegure un estado de bienestar emocional, físico y alimentario de acuerdo a su etapa de vida. Los padres que abandonan ponen en riesgo a sus hijos al exponerlos a las diferentes dificultades que hemos analizado. Por ello practicar una crianza adecuada, informada y responsable es importante para cumplir con las obligaciones parentales comentadas. Por esto, la situación del niño de dependencia y de vulnerabilidad debe ser debidamente colmada por sus padres, como informa Félix López,

³⁹³ González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 146.

Los adultos debemos responder a estas necesidades de los menores, porque ellos no tienen la misma capacidad de autoprotección que los adultos; son más vulnerables, no pueden decidir sobre su vida de la misma forma, no se saben defender bien de los peligros y pueden sufrir efectos más irreversibles. Estos hechos, entre otros, hacen necesaria la función protectora de los adultos³⁹⁴.

Ahora bien, ¿habrá excepciones o circunstancias que impidan al padre o a los padres abandonar temporal o permanentemente a su hijo y dejarlo al cuidado de terceros o del Estado, o más aun, a las circunstancias del caso de abandono absoluto? Ya establecimos que el niño tiene derecho a tener y pertenecer a una familia, como se desprende del artículo 22 de la Ley General de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuando indica que estos tienen derecho a vivir en familia. Incluso, la ley determina que la falta de recursos no podrá ser considerado como un motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convive, ni causa para la pérdida de la patria potestad. Estudiaremos entonces casos o circunstancias de posibles excepciones y sus consecuencias.

3.4.- Excepciones que justifican el abandono familiar

Es posible encontrar excepciones que justifiquen el abandono familiar o de circunstancias que permitan a los padres obligados al cuidado, custodia y crianza de sus hijos, abandonarlos y no cumplir con sus obligaciones parentales por causas materiales o jurídicas que sean insuperables a su voluntad o por lo menos imposibles por la falta de convivencia o proximidad con el niño. A reserva de analizar los siguientes supuestos: padres incapaces por enfermedades psicológicas; padres incapacitados por generar actos de violencia hacia el menor; padres incapaces por drogadicción; padres en cumplimiento de una sentencia privativa de la libertad; padres

³⁹⁴ López Félix, *Necesidades de la infancia y protección infantil*, Madrid, España, Ministerio de Asuntos Sociales, 1995, p. 53.

migrantes o, el caso del divorcio de los padres, no se encuentra de momento causas válidas para desatender al niño en cuanto a sus derechos humanos conforme a las normas internacionales y nacionales, pudiéndose generar sanciones administrativas, civiles, familiares o penales para el caso.

El niño pertenece o debe pertenecer a una familia desde su concepción y nacimiento, que son su origen de vida, como un derecho supremo de saber y conocer su identidad de quienes son sus padres biológicos; derecho que es inalienable e imprescriptible³⁹⁵, por lo que las posibles excepciones al estado de atención al niño por sus padres, deben quedar expresas en norma legal y sumamente justificadas en cada caso en particular,

³⁹⁵ MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA. Si bien dentro de los bienes y valores supremos inalienables tutelados por nuestra Constitución Federal, se encuentra, por un lado, la protección de la organización y el desarrollo de la familia, pues así se establece en el primer párrafo del artículo 4o. de la Norma Suprema, al disponer que "el varón y la mujer son iguales ante la ley, y que ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia", lo cual es entendible por ser ésta el origen de la sociedad, y en lo posible el núcleo de sus integrantes debe permanecer unido procurando su estabilidad, cohesión y ser protegida hasta el límite posible. Sin embargo, la propia Carta Fundamental, dentro del mismo precepto, establece los derechos de los niños en una igual dimensión, pues sus párrafos 5o., 6o. y 7o., sucesivamente, disponen que "los niños y las niñas tienen derecho, entre otros, a que el Estado debe proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos"; ante lo cual, puede apreciarse que la Constitución establece una misma jerarquía normativa tanto para la protección de la familia, como de los niños. En este contexto, dentro de la ponderación de los valores enunciados, esto es, el balance o contrapeso de un derecho frente al otro, el derecho de los niños a conocer su verdadera identidad tiene mayor peso, pues la posibilidad de conocer con exactitud su origen genético les brinda certeza en cuanto a su verdadera ascendencia, lo cual redundaría en un beneficio psicológico y emocional, pues al conocer quiénes son sus legítimos padres les despierta un sentimiento de confianza, apoyo moral y pertenencia hacia su verdadero núcleo familiar, al saberse protegidos y educados por quienes son sus auténticos progenitores. Esto finalmente resulta más provechoso para el menor por encima de la supuesta protección al grupo mediante la pretensión de forzar indebidamente la unidad de una familia, tratando de preservar el vínculo, aun a sabiendas de que entre sus integrantes puede existir uno o varios de ellos sobre quienes recae la sospecha de no existir un lazo filial real. Por tanto, acorde con la normatividad nacional e internacional que privilegia el interés superior de los menores, es inconcuso que la protección de los derechos de los niños merece una tutela mayor por ser la parte más débil dentro del concepto de la familia, y ser quienes pueden sufrir un mayor perjuicio dependiendo de la medida que se asuma; de ahí que cuando en un litigio el juzgador se ve ante la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación entre valores constitucionales iguales en categoría, o sea, escoger entre la protección del núcleo familiar, frente al derecho de los niños para conocer a plenitud su verdadera filiación, el primero debe ceder respecto del segundo. Época: Novena Época. Registro: 166625. Instancia: DECIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXX, Agosto de 2009. Materia(s): Civil. Tesis: I.10o.C.73 C. Pág. 1661. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Pág. 1661. DECIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 268/2009. 1o. de julio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Pérez Grimaldi. Secretario: Ramón Hernández Cuevas. Tesis Aislada de la 9na. Época; S.J.F. y su Gaceta; XXX, agosto de 2009, pág. 1661.

para no generar daños graves al niño, ya que su cuidado, custodia y crianza no es una facultad discrecional del padre o padres obligados.

Para Fernando Pliego Carrasco la familia “es la institución cultural más importante para la población porque destaca en una gran cantidad de temas relevantes de su vida personal y social”³⁹⁶, por lo que debemos insistir en la notoria necesidad de prevalecer en la familia como el hogar donde los niños deben desarrollarse plena y armónicamente³⁹⁷. De aquí, que las regulaciones de las relaciones parentales se encuentran fuertemente agrupadas y fundamentadas en lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular en sus artículos 5 y 18, que establecen que se respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia o de la comunidad, según se establezca en la costumbre local en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas al niño. Los Estados 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. Asimismo, el Estado velará entonces por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3.4.1.- Padres incapaces por enfermedades psicológicas

³⁹⁶ Pliego Carrasco, Fernando, *Las Familias en México. Estructuras de organización, proceso de cambio 2000-2010 y consecuencias en el bienestar de niños y adultos*, México, Ed. Porrúa, 2014, p. 1.

³⁹⁷ Para Fernando Pliego Carrasco, hay una diferencia entre familia y hogar, dice: “El hogar incluye desde luego, el espacio físico donde reside la población; por lo mismo, comprende las viviendas (casas, departamentos, cuartos de alquileres, etc.). Pero el hogar no es sólo un espacio físico, sino también es un espacio social, donde un conjunto de personas comparten actividades importantes de la vida diaria...”. Pliego Carrasco, Fernando, *Las Familias en México. Estructuras de organización, proceso de cambio 2000-2010 y consecuencias en el bienestar de niños y adultos*, México, Ed. Porrúa, 2014, p. 1.

Puede resultar que en el seno de la familia uno o dos de los padres carezcan de la capacidad suficiente para discernir y ocuparse de sus obligaciones parentales, es decir, que el padre se encuentra afectado por una enfermedad psicológica o mental que lo pueda poner en un estado de interdicción en términos de la legislación civil, como dispone el artículo 23 Código Civil del Estado de Baja California “[...] el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley, son restricciones a la personalidad jurídica; [...]”.

Ahora bien, las enfermedades mentales o psicológicas son desordenes o trastornos del cerebro que alteran la manera de pensar y de sentir de la persona afectada, al igual que su estado de ánimo y su habilidad para relacionarse con otros. Frecuentemente disminuyen la capacidad de una persona para afrontar las exigencias normales de la vida diaria. Estas alteraciones se manifiestan en trastornos del razonamiento, del comportamiento, de la facultad de reconocer la realidad y de adaptarse a las condiciones de la vida³⁹⁸.

Los trastornos psicológicos³⁹⁹ más comunes son el estrés, la neurosis, la hipocondría, el desorden de la somatización, el desorden facticio, la esquizofrenia, la paranoia, la

³⁹⁸ http://www.profesorenlinea.com.mx/Ciencias/Enfermedades_sicologicas.htm (Consultado el día 06 de julio de 2016).

³⁹⁹ El estrés.- Las personas pueden experimentar el estrés cuando se ven enfrentadas ante eventos importantes los cuales pueden ser peligrosos o muy difícil de conllevar. Entre los síntomas psicológicos del estrés están la ansiedad y la tensión, la preocupación incontrolable, irritación, distracción, y dificultad en aprender cosas nuevas. La neurosis.- Son las afecciones que muestran un malfuncionamiento del sistema nervioso. En las neurosis no hay lesión física ni alteración de la personalidad. Las principales neurosis son la ansiedad, una incontrolable obsesión por evitar situaciones peligrosas y una falta de acoplarse con personas. Algunos ejemplos de neurosis son el pánico, la fobia, el desorden compulsivo-obsesivo, y el estrés postraumático. La hipocondría.- La hipocondría es un desorden neurótico en el cual la persona canaliza las ansiedades, las preocupaciones y los pensamientos obsesivos para convencerse de que tiene una enfermedad física. Es decir que los hipocondriacos están preocupados porque padecen de una enfermedad, aunque resultados médicos indican lo contrario. El desorden de la somatización.- Es un desorden muy raro, pero toma mucho tiempo controlarlo. La persona, usualmente una mujer, tiene una historia médica larga y complicada y una serie de síntomas dramáticos pero vagos que demandan la atención inmediata del doctor. Las quejas por lo general se basan en dolores gastrointestinales, ginecológicos y senso-motores. Las personalidades y vidas de estas personas son en típicamente dramáticas y caóticas. El desorden facticio.- Los individuos que sufren de esta enfermedad mental crean la apariencia de una enfermedad física para ser el centro de atención médica y/o para obtener varios tipos

depresión, la manía, la manía-depresiva, el delirio, la demencia y el narcismo⁴⁰⁰, que en gran medida, pueden causar problemas serios para la atención de las obligaciones y los cuidados hacia la integridad del niño; el riesgo puede ser mayúsculo y trascendente para la vida del niño en el caso de que el padre o la madre padezcan un trastorno psicológico que ponga en riesgo la vida, seguridad e integridad del menor, incumpliendo con las obligaciones parentales apuntadas. La falta de capacidad de entender y de querer para realizar los actos de cuidado, custodia y crianza, en caso de trastornos mentales del padre, sugiere tres opciones:

-Que el incapacitado se someta al tratamiento médico y de rehabilitación correspondiente,

de droga. Las personas que sufren de este desorden por lo general se vuelven evasivas y agresivas cuando se les hacen preguntas o se les desafía al hacérseles claro de las inconsistencias de sus síntomas. La esquizofrenia.- La esquizofrenia es un conjunto de severos síntomas psicológicos los cuales hacen difícil el trabajar, jugar y estar con otras personas. Síntomas "positivos" incluyen ilusiones (creencias irracionales), alucinaciones (experiencias sensorias por falta de estímulo), pensamiento y habla incoherente, paranoia o ansiedad intensa e incontrolable y un comportamiento extraño. Entre los síntomas negativos están la pérdida de experiencias y expresiones emocionales, pérdida de poder e iniciativa, inhabilidad de experimentar placer o de interesarse en cosas, y aislamiento de personas. La paranoia.- Esta enfermedad se refiere a altos niveles de sospecha y desconfianza, usualmente vistos en las creencias o desilusiones de que ella o él son víctimas del odio, celos y resentimientos de otras personas. La persona que sufre del desorden personal paranoico parece normal, pero es sospechosa, desconfía, hostil, controladora y rápida para desarrollar resentimientos y celos. La depresión.- La depresión es un problema emocional muy grave en el cual el individuo no deja de sentirse triste y vacío, y constantemente se siente sin ayuda o esperanza. Las personas deprimidas usualmente sufren de ansiedad e irritabilidad, una falta de motivación, y una pérdida de placer en las cosas que antes les gustaba hacer. También tienen problemas con el apetito, el sueño, y sufren de dolores. La manía.-Es un período de tiempo (por lo general de una semana a un mes) en el cual la persona es y se siente muy feliz, habla mucho, es activa e impulsiva. En los muchos casos, en los momentos de manía, la persona a pesar de sentirse confidente y feliz, puede llegar a sentirse nerviosa e irritada. Muchos maniáticos parecieran tener una energía infinita y solamente necesitan pocas horas de sueño, si es que duermen del todo. La manía-depresiva.- Son episodios de intermedia o severa manía, junto con episodios de depresión. El delirio.- También conocido como "el rápido inicio del síndrome cerebral", el delirio es una condición psicológica asociada con graves problemas físicos (ejemplo: sobredosis de droga o envenenamiento). Entre los síntomas están la confusión y la desorientación, pérdida de consciencia, agitación, apatía e ilusiones (falta de percepción del estímulo externo, tal como escuchar el ruido de las ruedas de una camilla de hospital e imaginarse que es una máquina maquiladora que viene a despedazar.) La demencia.- Se refiere a una disminución o deterioro generalizado de las facultades intelectuales, como la pérdida de memoria, atención y pensamiento abstracto. La persona que sufre de demencia se puede perder fácilmente y puede ser incapaz de hacer cosas simples como volver a entrar a la casa después de que haya cerrado la puerta. El narcismo.- La persona con este tipo de personalidad tiene una incontrolable necesidad de sentirse importante, exitosa y admirada por todo el mundo. Ellos actúan como si fueran únicos y merecidos de favores especiales.

⁴⁰⁰ <http://biology.kenyon.edu/slonc/span-med/mental/mentales.htm> (Consultado el día 06 de julio de 2016).

-Intervención del otro padre para obtener la custodia provisional o definitiva como lo establece el Código Civil vigente en Baja California⁴⁰¹, o

-En caso de abandono de los dos padres por trastornos psicológicos, la oportuna intervención del Estado a través de la instancia institucional correspondiente.

Por lo que, con un trastorno de tal naturaleza, no se cumplirá con las obligaciones parentales impuestas por el artículo 103 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes conforme a las fracciones IV, V, VIII, IX y demás normas jurídicas aplicables para la protección y guarda de los derechos humanos del niño, consistentes en procurarles una dirección y orientación apropiadas a su edad y desarrollo; asegurarles un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad; de abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral, y evitar conductas que puedan vulnerar el ambiente de respeto y armonía del infante, lo que indefectiblemente no se lograría si el padre carece de raciocinio estable, moderado y normal para el cuidado y custodia del menor, esto es, que no cuente con salud psicológica normal. Al caso, sirve la lectura de la siguiente tesis aislada que indica:

ALIMENTOS. DEL ARTÍCULO 303 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO SE ADVIERTE LA FALTA DE RESPONSABILIDAD MORAL O CAPACIDAD ECONÓMICA QUE IMPIDA PROPORCIONARLOS, SINO SÓLO LA IMPOSIBILIDAD FÍSICA O MENTAL. De acuerdo con el artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal, se debe entender por imposibilidad para proporcionar alimentos a los hijos, la incapacidad física o mental que sufran los progenitores y que les impida allegarse los medios necesarios para poder cumplir con su obligación, pero no se advierte de dicho numeral la falta de responsabilidad moral o

⁴⁰¹ ARTÍCULO 444.- La patria potestad se suspende: I.- Por incapacidad declarada judicialmente; [...]. Del Código Civil del Estado de Baja California, consultado el día 06 de julio de 2016.

capacidad económica, que de haberla establecido, habría dado lugar para que el deudor alimentario, de manera dolosa, evadiera su obligación, declarándose insolvente.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3456/97. Olga Rebeca Rodríguez Franco y otros. 22 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Nava Ortega, secretaria de tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, para desempeñar las funciones de Magistrada. Secretario: Jaime Aurelio Serret Álvarez⁴⁰².

3.4.2.- Padres incapaces por generar actos de violencia hacia el niño

Como consecuencia de las deficiencias psicológicas, es posible arribar a problemas más severos, como lo es la violencia familiar. Para iniciar, empezaremos por explicar que la violencia, es aquella que constituye un actuar de fuerza o de sometimiento de un individuo sobre otro. Es el empleo de la fuerza irracional sin derecho ni justificación a ejercerla. El diccionario jurídico Espasa, define a la violencia como “... en sentido amplio, sinónimo de coacción, comprendería tanto la fuerza o violencia física como el miedo o violencia moral (intimación), la violencia en sentido estricto: la violencia física”⁴⁰³. Para el diccionario jurídico mexicano la palabra violencia significa vicio del consentimiento que consiste en la coacción física o moral que una persona ejerce sobre otra, con el objeto de que ésta dé su consentimiento para la celebración de un contrato que por su libre voluntad no hubiere otorgado.⁴⁰⁴

⁴⁰² ALIMENTOS. DEL ARTÍCULO 303 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO SE ADVIERTE LA FALTA DE RESPONSABILIDAD MORAL O CAPACIDAD ECONÓMICA QUE IMPIDA PROPORCIONARLOS, SINO SÓLO LA IMPOSIBILIDAD FÍSICA O MENTAL. Época: Novena Época, Registro: 198506, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, Junio de 1997. Materia(s): Civil. Tesis: I.6o.C.109 C. Página: 716.

⁴⁰³ Diccionario jurídico, Espasa, España, 2001.

⁴⁰⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM y Porrúa, 1996, p. 3245 y 3246.

La violencia así ejercida pone en desventaja a un sujeto frente a otro, dado que lo presiona de manera física o psicológica para realizar una conducta o una abstención no consentida o libremente convenida, sino que se cumple en aras de satisfacer la pretensión del sujeto pretensor - agresor. En términos comunes se entiende por violencia: la acción o efecto de violentar o violentarse. Acción violenta o contra el natural modo de proceder. Fuerza extrema, o abuso de la fuerza. Fuerza ejercida sobre una persona para obligarla a hacer lo que no quiere⁴⁰⁵.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la violencia deriva del latín *violentia*, que tiene como cualidad lo violento y que por violento se entiende “que está fuera de su natural estado, situación o modo”⁴⁰⁶. Hay que apuntar que podemos hablar de violencia civil, que es aquella que se genera mediante la coacción, ya sea física o moral para que el otro sujeto realice o deje de realizar una conducta que afecte a su propia persona o patrimonio y, la violencia familiar, que es la que se gesta en el seno de la familia o con motivo de ella, con el propósito de someter y afectar a la víctima.

Un primer concepto de violencia familiar para nuestra investigación lo encontramos en la descripción normativa del Código Penal de Baja California, en su artículo 242, BIS:

Al que dolosamente ejerza violencia física o moral, o incurra en la omisión grave de cumplir con un deber, en contra de su cónyuge, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, adoptante o adoptado, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y multa de veinticuatro a trescientos días, sin perjuicio de la sanción que corresponda por la comisión de cualquier otro delito previsto por este Código aplicándose para ello las reglas de concurso de delitos⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Chávez Asencio, Manuel F. y Hernández Barros, Julio A, *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 29.

⁴⁰⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar, temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011, p. 13.

⁴⁰⁷ ARTÍCULO 242, BIS.- Tipo y punibilidad.- Al que dolosamente ejerza violencia física o moral, o incurra en la omisión grave de cumplir con un deber, en contra de su cónyuge, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, adoptante o adoptado, se le impondrá de seis meses a cuatro

Ahora bien, desde el punto de vista gramatical, la violencia familiar puede concebirse como la conducta violenta, ejecutada fuera de la razón y de la justicia, que se produce entre personas que tienen cierto parentesco y/o que viven juntas⁴⁰⁸. Para Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez “es un tipo de violencia específico que se ha generalizado en todo el mundo; afecta por igual a hombres y mujeres, niños y – particularmente- niñas, discapacitados y ancianos en sus relaciones afectivas o de parentesco”⁴⁰⁹. Se caracteriza por ser una manifestación de poder y abuso para con un miembro de la familia con el que se tienen o se deben sostener vínculos afectivos, ya sea entre los cónyuges, concubinos, pareja, hijos, padres, hermanos, entre otros parentescos. Del concepto de violencia familiar se destacan los siguientes elementos constitutivos⁴¹⁰:

a).- La realización de una conducta de acción u omisión. Que el sujeto agresor lleve a cabo una acción u omisión graves que ponga en peligro o afecte la integridad o estabilidad de algún miembro de la familia.

años de prisión y multa de veinticuatro a trescientos días, sin perjuicio de la sanción que corresponda por la comisión de cualquier otro delito previsto por este Código aplicándose para ello las reglas de concurso de delitos. Las mismas penas se aplicarán al que realice cualquiera de las conductas a que se refiere este precepto, en contra de su concubina o concubino, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado. Así mismo se le podrá imponer las siguientes medidas de seguridad: a).- La prohibición de ir a lugar determinado. b).- Otorgar caución de no ofender. c).- La prohibición de ofender por cualquier medio de comunicación, telefónica, electrónica u otro, y d).- Sujeción a tratamiento psicológico o psiquiátrico especializado. Para efectos de este delito la violencia física o moral se ejerce cuando el sujeto activo ejecute actos materiales o verbales en contra de (SIC) integridad física, psíquica o ambas, de alguno de los miembros de la familia a que se refiere este artículo. Cuando exista reincidencia por parte del activo, la pena mínima y máxima se aumentará hasta una mitad y en su caso, atendiendo a la gravedad de la conducta a juicio del juzgador se le condenará a la suspensión o pérdida del ejercicio de la patria potestad, tutela o guarda y cuidado del menor de dieciocho años de edad o quien no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, a quien tenga el ejercicio de ésta, por resolución judicial. Este delito se perseguirá por querrela de la víctima, salvo que la víctima sea persona menor de dieciocho años de edad o quien no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, en cuyo caso la denuncia correspondiente también podrá ser presentada por el ofendido o cualquiera de las instituciones públicas encargadas de atender asuntos en materia de protección y defensa de personas menores de dieciocho años de edad o la familia, o en su caso por cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos de violencia. En ningún caso el Ministerio Público remitirá para mediación, o proceso alternativo de solución a las Víctimas de Violencia familiar. Consultado el día 11 de julio de 2016.

⁴⁰⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar, temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011, p. 14.

⁴⁰⁹ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Ed. Oxford, 2012, p. 211.

⁴¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar, temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011, p. 33 – 43.

b).- Que exista un vínculo entre la víctima y el agresor. Como ya se ha apuntado, que entre el generador y el receptor de la violencia exista un vínculo de familia, ya sea que vivan juntos o que con motivo de la relación o el parentesco tengan que vincularse o convivir, ya sea entre concubenarios, hijos de la pareja, suegros, hermanos, etc.

c).- El uso de la fuerza. Que se haga uso de la fuerza física o moral.

d).- La conducta debe causar un daño o ser susceptible de causarlo. Los actos u omisiones deben de ser de tal naturaleza que generen como consecuencia un daño físico (corporal) o emocional (moral) del sujeto receptor.

e).- Intencionalidad de la conducta. Es necesario que la conducta violenta del sujeto generador tenga como propósito o el ánimo de imponerse mediante el abuso de la fuerza sin justificación alguna.

f).- Tenga la finalidad de dominar, someter, controlar o dañar al sujeto víctima o receptor de la violencia familiar. El acto abusivo del poder u omisión intencional debe tener el injustificado propósito de imponerse mediante la fuerza y el menoscabo de los derechos del agredido, quien no debe ser menoscabado en su integridad corpórea e intelectual.

g).- Reiteración de la conducta. El tipo penal de violencia familiar, en sus orígenes legislativo exigía que fuera una conducta reiterativa, siendo el caso que conforme a la conveniencia de erradicar esas prácticas, se han establecido elementos de tipo, en las que exige una conducta desproporcionada aunque no sea del todo constante y reiterativa.

h).- Convivencia. Entendida como la relación entre el sujeto agresor y la víctima, sin que sea necesario que vivan juntos o no, sólo con que tengan una relación de pareja o de parentesco.

De lo cual se desprende que la conducta ilícita de la violencia familiar se gesta en el seno de la familia y en la relaciones entre padre e hijo que como niño es afectado de su condición digna de vida. Es oportuno citar la siguiente tesis aislada:

VIOLENCIA FAMILIAR. ELEMENTOS QUE SE DEBEN ACREDITAR. La violencia familiar, puede definirse como aquel acto u omisión intencional de una o varias conductas dirigidas a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, para causar daño. Dos de alguna de sus clases son: I. Física: consistente en todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro; y, II. Psicoemocional: todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración autocognitiva y autovalorativa, que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona. Es decir, es un fenómeno complejo que no puede tenerse por acreditado por un solo acto o de indicios no corroborados sobre su existencia. De ahí que, quien alega alguna de estas dos clases de violencia deberá acreditar: el daño físico o emocional y la intención por parte del generador de violencia familiar para causarlo; o bien, que la conducta desplegada es susceptible de provocar una alteración física o en alguna esfera o área de la estructura psíquica del receptor de la violencia.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 451/2008. 19 de septiembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz⁴¹¹.

Los factores que generan la violencia son multifactoriales, ya sean de tipo subjetivo o de tipo objetivo o externos, como problemas de disfuncionalidad en la familia, migración de uno o varios integrantes de la familia, educación basada en la diferenciación de género como el machismo, problemas de adicción a drogas o juegos que ponen en riesgo o peligro a los integrantes, problemas de fanatismos religiosos o enfermedades que incapacitan a algún miembro de la familia, por lo que el padre o los padres generadores de violencia familiar se encuentran incapacitados para el cuidado, custodia y crianza de sus hijos en los términos que disponen las normas internacionales y nacionales analizadas, así como resoluciones judiciales al caso, sin que cesen sus obligaciones parentales.

3.4.3.- Padres incapaces por drogadicción

Al igual que en el subcapítulo de las enfermedades psicológicas o mentales que pueden generar incapacidad de los padres respecto al cumplimiento de las obligaciones parentales en relación a sus hijos, la adicción a las drogas⁴¹² puede generar incapacidad para cumplir con las obligaciones parentales. Al respecto y en términos de la legislación civil, se dispone en el artículo 447, fracción IV del Código Civil del Estado de Baja California, respecto del consumo de drogas, que “Las personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho por causa natural y legal o solamente para gobernarse por sí mismo son [...] IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes”, con lo que

⁴¹¹ VIOLENCIA FAMILIAR. ELEMENTOS QUE SE DEBEN ACREDITAR. Época: Novena Época. Registro: 168522. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, Octubre de 2008. Materia(s): Civil. Tesis: I.7o.C.113 C. Página: 2465.

⁴¹² Alcohol, marihuana, LCD (Lysergic Acid Diethyl amide), cocaína, heroína, metanfetaminas, anfetaminas, entre otras. Consultado en <http://www.tiposdedrogas.net/> (El día 08 de julio de 2016).

advertimos una primera consecuencia negativa que perjudica y trastoca las obligaciones en estudio.

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), “Droga es toda sustancia que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración, produce una alteración de algún modo, del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y es, además, susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas⁴¹³. La drogadicción es una dependencia de la sustancia o sustancias que afectan el sistema nervioso central y las funciones cerebrales produciendo alteraciones en el comportamiento, el juicio y las emociones. Los efectos de las drogas son diversos, dependiendo del tipo de droga y la cantidad o frecuencia con la que se consume⁴¹⁴. La drogadicción es considerada una enfermedad crónica del cerebro, a menudo con recaídas, caracterizada por la búsqueda y el consumo compulsivo de drogas a pesar de las consecuencias nocivas para la persona adicta y para los que le rodean⁴¹⁵.

El uso y abuso de sustancias adictivas constituye un fenómeno complejo que tiene consecuencias adversas en la salud individual, en la integración familiar y en el desarrollo y la estabilidad social⁴¹⁶. Por ende, afecta de manera directa y grave el deber que tiene el padre de proveer a favor del niño un ambiente en familia de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. El padre al cometer actos de autoconsumo de drogas o drogarse, pone al niño en serios riesgos a la integridad física y moral de este. Recordemos que la codificación penal estatal en el artículo 261, establece⁴¹⁷:

⁴¹³ http://www.oocities.org/marcelah_arg/qdroga.pdf (Consultado el día 08 de julio de 2016).

⁴¹⁴ <https://www.aciprensa.com/recursos/que-es-la-drogadiccion-2426/> (Consultado el día 08 de julio de 2016).

⁴¹⁵ <http://www.infodrogas.org/drogas/que-son-las-drogas?showall=1> (Consultado el día 08 de julio del 2016).

⁴¹⁶ <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/documentos/CDM.htm> (Consultado el día 8 de julio de 2016).

⁴¹⁷ CORRUPCIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD O QUIENES NO TIENEN LA CAPACIDAD PARA COMPRENDER EL SIGNIFICADO DEL HECHO O DE PERSONAS QUE NO TIENEN CAPACIDAD PARA RESISTIRLO. ARTÍCULO 261.- Tipo y punibilidad.- Al que obligue, procure, facilite, o induzca la corrupción de una persona menor de dieciocho años de edad o de quien no tiene la capacidad para comprender el significado del hecho o persona que no tiene capacidad para resistirlo,

CORRUPCIÓN DE PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD O QUIENES NO TIENEN LA CAPACIDAD PARA COMPRENDER EL SIGNIFICADO DEL HECHO O DE PERSONAS QUE NO TIENEN CAPACIDAD PARA RESISTIRLO. ARTÍCULO 261.- Tipo y punibilidad.- [...] Cuando la conducta encaminada a corromper consista en la realización de actos sexuales reales o simulados o a inducirlo a la práctica de la prostitución, el uso o consumo de sustancias tóxicas, psicotrópicas, señaladas en la Ley General de Salud, formar parte de una asociación delictuosa, o cometer algún delito, la pena será de cinco a diez años de prisión y de trescientos a setecientos días multa [...].

La Ley General de Salud en los artículos 234 y 245 hace un listado de las sustancias que se consideran estupefacientes y psicotrópicas que son perjudiciales para la salud humana y que por ende son causa de los programas de salud pública para abatir su consumo. Esto pone de manifiesto que el uso de drogas puede acarrear incapacidad de ejercicio del sujeto padre y afectar de manera directa al niño, ya que la persona drogadicta no es capaz de responder a sus obligaciones por sí mismo, aunado a ello, que el niño es como ya lo apuntamos en esta investigación, vulnerable por su situación de menor, lo que genera aparte de una responsabilidad penal en una responsabilidad civil o familiar como lo es la pérdida de la patria potestad. Apoya a este argumento la siguiente tesis aislada que dispone:

induciéndola a la ebriedad o a vivir de la caridad pública sin justificación, se le aplicará de uno a cinco años de prisión y de cien a trescientos días multa. Cuando la conducta encaminada a corromper consista en la realización de actos sexuales reales o simulados o a inducirlo a la práctica de la prostitución, el uso o consumo de sustancias tóxicas, psicotrópicas, señaladas en la Ley General de Salud, formar parte de una asociación delictuosa, o cometer algún delito, la pena será de cinco a diez años de prisión y de trescientos a setecientos días multa. Asimismo, comete el delito de corrupción a que se refiere este Capítulo, quien ejecute actos de exhibicionismo corporal con fin lascivo o sexual ante una o varias personas menores de dieciocho años de edad o que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho, o que no tienen capacidad para resistirlo, o los obligue, induzca, procure o facilite a realizar dichos actos se le impondrá una pena de seis meses a dos años de prisión y de treinta a trescientos días de multa. No se entenderá por corrupción, los programas preventivos, educativos o de cualquier índole que diseñen e impartan las instituciones públicas, privadas o sociales que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre función reproductiva, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y el embarazo de adolescentes, siempre que estén aprobados por la autoridad competente; las fotografías, video grabaciones, audio grabaciones o las imágenes fijas o en movimiento, impresas, plasmadas o que sean contenidas o reproducidas en medios magnéticos, electrónicos o de otro tipo y que constituyan recuerdos familiares. En caso de duda, el juez solicitará dictámenes de peritos para evaluar la conducta en cuestión. Cuando no sea posible determinar con precisión la edad de la persona o personas ofendidas, el juez solicitará los dictámenes periciales que correspondan. Consultado el día 11 de julio de 2016.

PATRIA POTESTAD. EN LOS JUICIOS SOBRE SU PÉRDIDA EL JUZGADOR DEBE APOYARSE EN PRUEBAS RECIENTES CUANDO SU CAUSA SE HACE DEPENDER DE CONDUCTAS DE LOS PROGENITORES SUSCEPTIBLES DE MODIFICARSE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). De acuerdo con el artículo 4o. de la Constitución General de la República Mexicana, en correlación con los diversos 3, 7, 8, 9, 12, 16, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la opinión consultiva OC-17/2002, de veintiocho de agosto de dos mil dos, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se advierte que el desarrollo y bienestar integral del niño comprenden el derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos; a preservar las relaciones familiares; a que no sea separado de sus padres, excepto cuando ello sea necesario en favor del interés superior del niño; el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su familia; el de protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental; descuido o trato negligente; malos tratos o explotación; incluido el abuso sexual, así como el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. De lo anterior, se sigue que la separación respecto a su núcleo familiar debe encontrarse debidamente justificada y preferentemente tener una duración temporal, de manera que cuando hubieran cesado las circunstancias que la motivaron sea devuelto a sus padres; esto es, la separación deberá ser excepcional y preferentemente temporal. En esa virtud, la pérdida de la patria potestad, como medida extrema del derecho de familia, contenida en los artículos 411 a 424 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, con base en hechos derivados de conductas anteriores de los padres biológicos susceptibles de modificarse, como lo son los ocasionados con motivo de adicciones a las drogas que se tradujeron en conductas que se reflejaron en el abandono de sus deberes o comprometieron la salud, seguridad, dignidad o moralidad del menor -cuando los padres afirman haberse rehabilitado y ofrecieron pruebas al respecto-, debe sostenerse en pruebas recientes para establecer su eficacia de acuerdo a la proximidad que tienen con su posible rehabilitación, a fin de que el Juez pondere, de acuerdo con el principio universal de razonabilidad, la factibilidad de que el menor pueda vivir con su familia biológica en el caso de que los padres se hayan rehabilitado de la adicción a las drogas que padecían o, en su caso, establecer el peligro real y actual que corre al lado de aquéllos, para lo cual, incluso, deberá actuar de oficio en la obtención del caudal probatorio, a fin de que en aras del interés superior del menor se justifique la separación de éste con sus

progenitores pues, de no ser así, deberá privilegiarse preponderantemente el derecho a vivir en familia, luego, no es dable la desestimación subjetiva del valor de pruebas por la sola circunstancia de que éstas se refieran a hechos recientes y no a hechos anteriores relativos a las conductas que motivaron la iniciación del juicio.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA DÉCIMA REGIÓN.

Amparo directo 427/2012 (cuaderno auxiliar 755/2012). 13 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Alberto Albores Castañón. Secretario: Yair Mendiola del Ángel⁴¹⁸.

3.4.4.- Padres en cumplimiento de una sentencia privativa de libertad

Ahora vamos a analizar el caso de que uno o dos de los padres no cumplan sus obligaciones parentales en favor del niño por estar compurgando una sentencia penal que los priva de su libertad personal por una responsabilidad criminal distinta a la responsabilidad penal en contra del niño. Es decir, están en pena de prisión por haber cometido un delito que necesariamente deben compurgar en la cárcel. La codificación penal estatal establece sanciones penales según informa el artículo 25, entre ellas: “Catálogo de Penas.- Las penas que se pueden imponer con arreglo a este Código, son: I.- Prisión; [...]”⁴¹⁹.

Entendemos entonces como pena de prisión “... el internamiento del delincuente en un centro de reclusión, impidiéndole en forma absoluta su libertad”⁴²⁰. Luego entonces, el padre privado de su libertad por pena de prisión, le es imposible materialmente

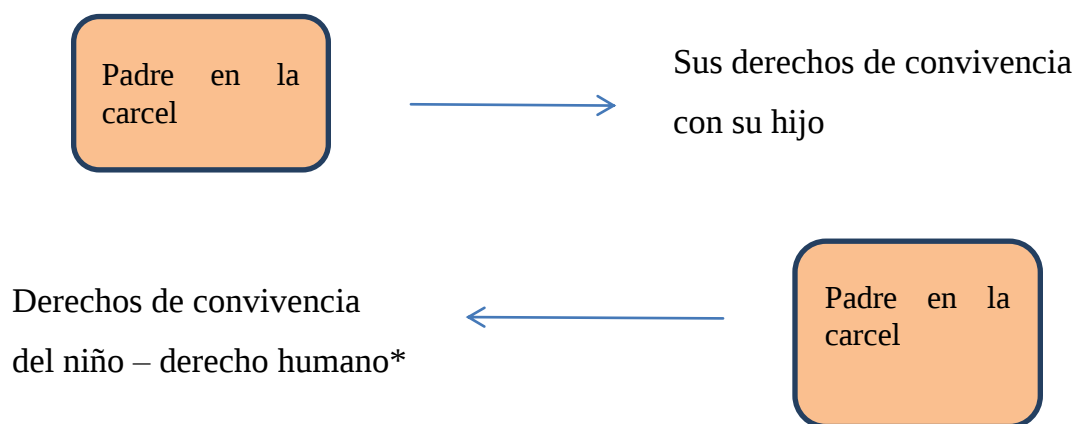
⁴¹⁸ PATRIA POTESTAD. EN LOS JUICIOS SOBRE SU PÉRDIDA EL JUZGADOR DEBE APOYARSE EN PRUEBAS RECIENTES CUANDO SU CAUSA SE HACE DEPENDER DE CONDUCTAS DE LOS PROGENITORES SUSCEPTIBLES DE MODIFICARSE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Época: Décima Época. Registro: 2004539. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Civil. Tesis: VIII.1o.(X Región) 9 C (10a.). Página: 2625.

⁴¹⁹ ARTÍCULO 25.- Catálogo de Penas.- Las penas que se pueden imponer con arreglo a este Código, son: I.- Prisión; II.- Semilibertad; III.- Tratamiento en libertad; IV.- Sanción pecuniaria; V.- Trabajo en favor de la comunidad; VI.- Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, funciones o empleos; y VII.- Las demás que prevengan las leyes. Consultado el día 11 de julio de 2016.

⁴²⁰ López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 277.

convivir de manera voluntaria con su hijo, quedando sólo a la expensa de que el otro padre o un tercero lleven al niño a la visita carcelaria respectiva para que conviva con su padre. Es el caso advertir, que, salvo que sea una sanción impuesta por la autoridad judicial, el hecho de estar compurgando una pena privativa de libertad no es una consecuencia necesaria para considerar una responsabilidad de abandono del niño, pero sí hay ausencia del padre frente a su hijo, aunque en esta excepción, el abandonador no está actuando por negligencia o dolo, exponiendo al niño de manera intencional para no colmar de la protección y necesidades mínimas vitales.

Cabe preguntarnos entonces ¿El padre que está en la cárcel queda exento de una responsabilidad por abandono o queda excusado? De momento no existe abundante doctrina que fundamente que sea una excepción o que por el contrario, sea una responsabilidad civil o familiar igual que los supuestos antes vistos. Lo cierto es que el niño y conforme a sus derechos humanos, sufre la ausencia del padre con las consecuencias negativas que hemos estado advirtiéndolo. Ahora bien, es oportuno reflexionar dos posturas para encontrar una solución o explicación aproximada del tema:



* Elaboración propia con base en la información recopilada y propuesta.
Tabla número 9.

Esto es, habrá que analizar la situación de la no proximidad familiar del niño y del padre en esas dos vertientes: el derecho del padre o el derecho del niño. Por una parte, el padre que está en la cárcel, como primer consecuencia legal conforme a la legislación civil estatal es, según el artículo 32, que: “ARTÍCULO 32.- Se reputa domicilio legal: [...] V.- De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido”⁴²¹. Es decir, que el domicilio del reo será el del domicilio del centro penitenciario, sin encontrar por esta situación una responsabilidad familiar y de abandono del menor, pues como se ha afirmado, la no atención familiar no se refiere a un acto de carácter voluntario y negligente del padre. Nos apoya inclusive la siguiente tesis aislada:

RÉGIMEN DE CONVIVENCIA. CUANDO EL MENOR SUFRA EL ABANDONO DEL PADRE POR UN LAPSO CONSIDERABLE, Y ÉSTE COMPARECE A DEMANDAR LA CONVIVENCIA CON SU HIJO, TAL DERECHO DEBE OTORGARSE PROVISIONALMENTE Y, EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA DEBERÁ REVALORARSE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Del estudio sistemático y teleológico de los artículos 3 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 429, 430, 433 y 434 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, se colige que la convivencia entre el padre y el hijo es un derecho recíproco que debe ser tutelado por los órganos jurisdiccionales, en tanto que constituye un derecho fundamental para el desarrollo del menor. Sin embargo, si en la controversia jurisdiccional se advierte que el menor ha tenido un

⁴²¹ ARTÍCULO 32.- Se reputa domicilio legal: I.- De la persona menor de dieciocho años de edad no emancipada, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto; II.- De la persona menor de dieciocho años de edad que no esté bajo la patria potestad y el de la persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho, el de su tutor; III.- De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados; IV.- De los empleados públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses. Los que por tiempo menor desempeñen alguna comisión, no adquirirán domicilio en el lugar donde la cumplen, sino que conservarán su domicilio anterior; V.- De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido. Consultado el día 11 de julio de 2016.

desarrollo integral, en los aspectos familiar, social y académico, casi idéntico al de una familia normal que convive óptimamente, a pesar de que el menor sufrió el abandono del padre por un lapso considerable y éste comparece a demandar la convivencia con su hijo, tal derecho debe otorgarse provisionalmente y, en ejecución de sentencia, deberá revalorarse, habida cuenta que aunque no exista todavía prueba alguna para decidir si tal convivencia es positiva o negativa para el desarrollo integral del menor, en observancia al principio del interés superior de éste, y con fundamento en las reglas de la experiencia, que se sustentan en los criterios que emanan del orden general adquiridos mediante la observación de las conductas ordinarias, se presume que por el tiempo transcurrido de abandono del menor por parte del padre, al ordenarse la convivencia, lógicamente, tiene que existir una afectación en la conducta del infante, dado que es una nueva situación fáctica en la vida familiar de éste, en la que, inclusive, en algunos casos, la figura del progenitor puede estar suplida por otro familiar.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO AUXILIAR, CON RESIDENCIA EN MORELIA, MICHOACÁN.

Amparo directo 824/2010. 22 de septiembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Uriel Torres Hernández. Secretario: Enrique Alí Altamirano García⁴²².

Lo anterior, no es óbice para advertir, que en caso de la no convivencia y pago de alimentos, puede generarse responsabilidad civil familiar, toda vez la misma codificación civil estatal establece que los cónyuges⁴²³ contribuirán al sostenimiento del hogar en igualdad de circunstancias, agregándose que no estará obligado a contribuir económicamente el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere

⁴²² RÉGIMEN DE CONVIVENCIA. CUANDO EL MENOR SUFRA EL ABANDONO DEL PADRE POR UN LAPSO CONSIDERABLE, Y ÉSTE COMPARECE A DEMANDAR LA CONVIVENCIA CON SU HIJO, TAL DERECHO DEBE OTORGARSE PROVISIONALMENTE Y, EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA DEBERÁ REVALORARSE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Época: Novena Época. Registro: 162742. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Febrero de 2011. Materia(s): Civil. Tesis: XI.1o.T.Aux.20 C. Página: 2383.

⁴²³ Para el caso de esta investigación y del tema de la familia o de los tipos de familia y de los nuevos criterios de no discriminación por preferencias sexuales asumida por el Poder Judicial de la Federación, la familia y el matrimonio, puede estar constituida por hombre y mujer, hombre – hombre o mujer y mujer, por ello, el termino de cónyuge habrá que entenderlo de manera extensiva.

de bienes propios⁴²⁴, sin referirse al que esté privado de su libertad por una sentencia judicial que declara una responsabilidad penal. Más aún, conforme a la constitución nacional, el sistema penitenciario⁴²⁵ está organizado sobre la base del respeto de los derechos humanos, el trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado, por lo que jurídicamente no se debe considerar a un reo que compurga una pena de prisión como imposibilitado para trabajar⁴²⁶.

Por otra parte, la situación del padre que esté en la cárcel compurgando una pena de prisión y que no pueda de manera voluntaria tener convivencia y proximidad con el hijo, no lo exime de la carga nutricia ni socializadora apuntada, pues el derecho de convivencia de este es absoluto, es decir, es su derecho humano a convivir con su padre en virtud del principio del interés superior del niño. Luego entonces, lo lógico es que por todos los medios se provea con eficacia tal convivencia familiar. Nos guía también el contenido del siguiente criterio jurisprudencial:

PATRIA POTESTAD. ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, SU PÉRDIDA NO SIEMPRE IMPLICA LA FALTA DE CONVIVENCIA DE ÉSTE CON EL PROGENITOR SANCIONADO. De conformidad con el artículo 417, párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal, vigente hasta antes de la reforma de dos de febrero de dos mil siete, la pérdida de la patria

⁴²⁴ ARTÍCULO 161.- Los cónyuges contribuirán al sostenimiento del hogar; a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la Ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. No estará obligado a contribuir económicamente el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos. Se presume que la esposa realiza la aportación correspondiente a los alimentos cuando se dedica al cuidado del hogar y de los hijos, más aun cuando un hijo o hija sufra enfermedad o discapacidad permanente, salvo que se demuestre lo contrario. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar. Consultado el día 11 de julio de 2016.

⁴²⁵ Artículo dieciocho de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Consultado el día 11 de julio del 2016).

⁴²⁶ Para una estimación de la problemática de los trabajos en la cárcel, puede consultarse a Patricia Kurczyn Villalobos “Las condiciones del trabajo carcelario”, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/116/23.pdf> (Consultado el día 11 de julio del 2016).

potestad del menor conlleva la imposibilidad de la convivencia de éste con el progenitor, pero no existe precepto que le prohíba, suspenda o limite al menor, su propio derecho de convivir con su padre, pues en atención a que el artículo 9, numeral 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos noventa, establece: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté 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.", atendiendo al interés superior del niño, quien tiene derecho a un desarrollo integral, tal restricción no debe aplicarse de manera genérica, pues si de constancias de autos no se advierte que exista algún peligro para el menor por la convivencia con el padre o la madre, la autoridad judicial, de oficio, puede decretarla, debiendo hacer un análisis cuidadoso en cada caso concreto.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 460/2007. 30 de agosto de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Horacio Escudero Contreras. Secretaria: María del Carmen Meléndez Valerio⁴²⁷.

Por lo que, deberá cumplirse, aunque de manera parcial, con las visitas familiares al centro carcelario y con apoyo psicológico al niño y la familia de tal situación, tratando de minimizar en lo más posible los efectos dañinos. Será en primer orden, una tarea importante de la familia y del padre no privado de la libertad preservar las convivencias, y en segundo orden, al Estado, de acuerdo al interés superior del niño.

⁴²⁷ PATRIA POTESTAD. ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, SU PÉRDIDA NO SIEMPRE IMPLICA LA FALTA DE CONVIVENCIA DE ÉSTE CON EL PROGENITOR SANCIONADO. Época: Novena Época. Registro: 171416. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Septiembre de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: I.9o.C.140 C. Página: 2561.

Se encuentra así, que la privación de la libertad por comisión de ilícito, sin ser tampoco una excepción justificada, y conforme al artículo 103 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, fracción V, deberá asegurarse un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad del niño.

3.4.5- El caso del divorcio de los padres: se configura el abandono justificado

Antes de hablar del divorcio y de sus consecuencias, es oportuno identificar primero la institución del matrimonio que en su caso es causante de aquél. El matrimonio como institución social ha tenido durante el tiempo histórico diversos matices, entre ellos el matrimonio por grupos, matrimonio por raptor, matrimonio por compra, matrimonio canónico, así como el matrimonio civil⁴²⁸. Siendo el matrimonio civil la institución que nos ocupa en esta investigación, con la generación de las consecuencias de derecho en relación a los cónyuges, en relación a los hijos y en relación a los bienes.

El matrimonio es entonces la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se deben procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada⁴²⁹. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio entre los esposos son de igualdad y reciprocidad y se agrupan en: deber de cohabitación, deber de ayuda mutua, débito carnal correspondiente y deber de fidelidad. En la explicación de estas obligaciones y derechos, se encuentra que, a) El deber de cohabitación, implica un género de vida en común que no podría realizarse si cada esposo pudiera vivir por separado. b) El deber de ayuda mutua es correlativo al deber de convivencia, implica también el deber de socorro que deberá existir entre los esposos. c) El débito carnal

⁴²⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Introducción, personas y familia*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 287.

⁴²⁹ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Ed. Oxford, 2012. p. 49.

correspondiente, ya no implica en sí, actos propios para la perpetuación de la especie, ya que en nuestro sistema jurídico modifico como objeto posible la unión matrimonial entre personas del mismo sexo⁴³⁰. d) El deber de fidelidad comprende la obligación de abstenerse de la cópula con persona distinta al cónyuge, derivado del sistema matrimonial monógamo; la fidelidad, además, supone la necesidad de una conducta decorosa, de tal suerte que no implique ataques a la dignidad y a la honra del otro cónyuge. Otros efectos del matrimonio son: la emancipación de los menores de edad, la adquisición de la nacionalidad mexicana, derechos de sucesión, la tutela legítima del cónyuge que caiga en interdicción, la suspensión de la prescripción mientras dure el matrimonio, así como prestaciones derivadas de la seguridad social.

El matrimonio es determinado así, como un acto jurídico y como un estado matrimonial. Como acto jurídico, es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo y, como estado matrimonial, es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida antes visto. De este modo, del matrimonio nacen obligaciones conyugales y obligaciones parentales, siendo las primeras, las que corresponden recíprocamente entre los esposos derivados del estado de vida en pareja y, las obligaciones parentales, como aquellas que tienden a la subsistencia, establecimiento y atención de la función nutricia, que corresponde al aspecto material y psicológico y, la función normativa, que corresponde a la humanización y a la socialización del niño por parte de sus padres⁴³¹. Ahora bien, el matrimonio como institución y estado civil, por diversas circunstancias puede entrar en conflicto y crearse una crisis por su ruptura⁴³², lo que

⁴³⁰ MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO Tesis: 1ª. CCLX/2014 (10ª), Primera Sala, Décima Época, Tesis Aislada (Constitucional), Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

⁴³¹ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Ed. Beilis, 2011. p. 138.

⁴³² Cfr. La obra de Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Ed. Beilis, 2011, en el sub capítulo “El ciclo del divorcio en la vida familiar”, p. 109 a la 120.

traerá a colación el divorcio respectivo. Entonces el divorcio es para Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, “la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”⁴³³.

Los tipos de divorcio que existen conforme a la ley civil, se agrupan en dos: 1.- Divorcio judicial, con tres sub tipos: divorcio vincular remedio, divorcio vincular sanción y divorcio voluntario y 2.- El divorcio administrativo. Cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo difícil la vida en común y de la familia, se permite la ruptura del vínculo. Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos y, la acción se otorga a quien no ha sido causante de responsabilidad, de allí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge inocente, el actor, y uno culpable, el demandado. Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal, por ejemplo, uno demanda por abandono injustificado del domicilio conyugal y el otro, contrademanda por injurias o sevicias; ambos pueden ser culpables e inocentes según la causal invocada. Hay otras causales que, aunque no implique falta a los deberes conyugales, hacen que la vida en común sea difícil como en las enfermedades y, el caso del divorcio voluntario donde no es necesario enunciar ni demostrar causal alguna.

Para la legislación civil estatal, conforme al artículo 264, son causales de divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges; II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo; III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer; IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer

⁴³³ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Ed. Oxford, 2012. p. 176.

algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción; VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio; VII.- Padecer enajenación mental incurable; declarada judicialmente; VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada; IX.- La separación de hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio; X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que precede la declaración de ausencia; XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el Artículo 161 y el incumplimiento sin justa causa, de la sentencia ejecutoria por alguno de los cónyuges en el caso del Artículo 165; XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años; XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal; XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión; XVII.- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente de la causa que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos. XVIII.- Las conductas de violencia familiar, generadas por un cónyuge contra el otro, contra los hijos de ambos o de alguno de ellos, entendiéndose por éstas, todo acto de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicológica o sexualmente a cualquier miembro de la familia, dentro o fuera del domicilio y que tiene efecto para causar daño, así como las omisiones graves que de manera reiterada se ejerzan contra los mismos y que atenten contra su integridad física, psicológica, sexual y económica independientemente de que pueda producir o no lesión, y; XIX.- El mutuo consentimiento⁴³⁴.

⁴³⁴ Artículo 264 del Código Civil para el Estado de Baja California. Consultado el día 12 de julio de 2016.

El divorcio presenta entonces efectos provisionales y efectos definitivos. Los provisionales son aquellas medidas ordenas por el Juez mientras dura el divorcio y pueden consistir en la separación provisional de los esposos, el aseguramiento y pago de los alimentos y en cuanto a los hijos, si no se ponen de acuerdo a cargo de quien estará el cuidado de aquellos. Los efectos definitivos son aquellos que se actualizan al dictarse la sentencia y que pone fin al juicio, siendo el rompimiento del vínculo matrimonial y la libertad de los esposos de volver a contraer nupcias, excepto que el culpable tendrá que esperar 300 días desde la separación material y en su caso dar alimentos al inocente, teniendo en cuenta su situación económica y la posibilidad de trabajo de ambos. Respecto de los hijos, el juez fijará la situación de estos después de oír a los abuelos, a los tíos y a los hermanos mayores cuando lo pidieren respecto de la patria potestad⁴³⁵.

Luego entonces, el divorcio ¿Puede considerarse como una excepción a la obligaciones parentales que tiene el padre? o ¿Aunque sobrevenga aquel, ambos padres tienen la carga de cumplir con el cúmulo de derechos en favor del hijo niño? Ya dijimos que en el matrimonio los esposos tienen obligaciones conyugales y obligaciones parentales, por lo que sin lugar a dudas, las obligaciones que cesan con el divorcio son las conyugales, con excepción de las obligaciones del respeto mutuo y de conducirse con rectitud y honradez⁴³⁶ el uno frente al otro. Las obligaciones que no cesan por el cambio de su estado civil son en relación a las parentales, donde cada quien deberá aportar lo correspondiente para su oportuno cumplimiento.

⁴³⁵ Ver capítulo X, del Código Civil para el Estado de Baja California, del divorcio. Consultado el día 12 de julio de 2016.

⁴³⁶ Piénsese en el caso, de que como esposos y familia, antes del divorcio, cuentan con una historia y que en determinado caso se representó y resguardo mediante fotos, videos, información crediticia, información de deudas, amistades, lugares de frecuencia, entre otras, que como pareja compartían en conjunto antes del divorcio y que con la sobrevenida de este, ya no se deben la obligación de ayuda mutua ni fidelidad, pero que deben respetarse y guardarse por honor y lealtad al pasado matrimonial.

Cerramos este sub apartado con las consideraciones de que ambos padres, deberán contribuir y realizar su mayor esfuerzo para proporcionar al niño el espacio de armonía y de convivencia familiar y que, en el ejercicio de la custodia compartida, no se vea en la coyuntura de a que padre serle fiel, por convencimiento malicioso de uno contra otro⁴³⁷, por lo que no se justificaría en ningún caso el abandono familiar.

3.4.6.- Padres que abandonan por migración. Separación excepcional del niño de su familia

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define que migración, es el desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales⁴³⁸. Esto es, que la migración se da principalmente por problemas de pobreza y por la incapacidad del Estado para implementar programas que apoyen a las familias de escasos recursos económicos para mejorar sus condiciones de vida. El elemento explicativo que genera el movimiento migratorio tanto interno como internacional, es el económico, referido principalmente a la búsqueda de un trabajo con la finalidad de mejorar los niveles de ingreso de la población migrante.

Es una realidad que muchos padres o familias tiendan a abandonar su lugar de origen para buscar mejores condiciones de vida laboral en otros lugares, dándose el fenómeno social migratorio, resultando supuestos de abandono de familias o de hijos, cuando es el caso que no los llevan consigo⁴³⁹. De este modo, la migración en análisis para la

⁴³⁷ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, nos ofrece un amplio bosquejo de problemas de alienación parental cuando un padre comete actos repetidos en el pretende inculcar a su hijo una imagen irreal y malvada de su otro padre o madre en el proceso de ruptura, divorcio y después de este, así como obstaculizar la sana convivencia familiar. Cfr. La obra de Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Ed. Beilis, 2011.

⁴³⁸ <http://dle.rae.es/?id=PE38JXc> (Consultado el día 08 de julio de 2016).

⁴³⁹ En el caso de llevarse a la familia o al niño, o de niños que migran sin compañía de un adulto en la travesía de la migración interna o externa del Estado, son otros fenómenos sociales multifactoriales que pone en riesgo la integridad y seguridad del niño. Véase por ejemplo diversos estudios como http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion_6931.htm; <http://es.slideshare.net/ArZoola/problemas-de-migracin>, donde inclusive se afirma que a nivel mundial una de cada ocho personas es migrante (Consultado el día 13 de julio de 2016).

aportación de esta investigación, es cuando el padre o los padres dejan al niño abandonado, sin la atención de los derechos humanos en favor de este, traducido en el abandono de las obligaciones parentales, dejando al menor expuesto y sin las atenciones de familia.

Es el caso abundar que en el Estado Mexicano, se cuenta con la Ley de Migración, que es la norma nacional cuyas disposiciones son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana y que tienen por objeto regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio nacional; el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos; de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacional.

Es incorrecto que la Ley de Migración, no integre disposiciones respecto de obligaciones para el padre migrante en relación a los derechos del niño que queda abandonado por aquél dada su travesía migratoria⁴⁴⁰, pero sí integra derechos para el niño en situación de vulnerabilidad, considerado así por que viaja sin la compañía de un adulto⁴⁴¹, es decir, como niño migrante no acompañado. Ahora bien, tratándose de niños migrantes⁴⁴², atento a lo dispuesto por los artículos 22, tercer párrafo y 89, del capítulo de niños migrantes de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños, Adolescentes, establece:

Artículo 22. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente

⁴⁴⁰ Capítulo Título Segundo. Derechos y Obligaciones de los Migrantes. Capítulo Único. Derechos y Obligaciones (Consultado el día 13 de julio de 2016).

⁴⁴¹ Artículo 112. Cuando alguna niña, niño o adolescente migrante no acompañado, sea puesto a disposición del Instituto quedará bajo la responsabilidad y se deberá garantizar el respeto a sus derechos humanos, sujetándose particularmente a lo siguiente: [...]. Consultado el día 13 de julio de 2016.

⁴⁴² No del supuesto de niños en abandono familiar, que es el objetivo central de esta investigación, consistente en analizar las normas que regulan a la familia y el abandono del niño por los padres, la afectación que tiene sobre el niño, así como los derechos humanos que le corresponden y su vulneración al ser sujeto del abandono.

para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni causa para la pérdida de la patria potestad.

[...]

Los casos en que las personas que ejerzan la patria potestad, por extrema pobreza o por necesidad de ganarse el sustento lejos del lugar de residencia, tengan dificultades para atender a niñas, niños y adolescentes de manera permanente, no serán considerados como supuestos de exposición o estado de abandono, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, libres de violencia y provean su subsistencia.

[...].

Artículo 89. El presente capítulo se refiere a las medidas especiales de protección que las autoridades deberán adoptar para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados, no acompañados, separados, nacionales, extranjeros y repatriados en el contexto de movilidad humana.

[...].

Se concluye este sub apartado, que los niños tienen derecho a vivir en familia y que para el caso de las personas que ejerzan la patria potestad, por extrema pobreza o por necesidad de ganarse el sustento lejos del lugar de residencia tengan dificultades para atenderlos de manera permanente, entendiéndose como la proximidad familiar dentro del cuadro de familia, no serán considerados como supuestos de exposición o estado de abandono, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, libres de violencia y provean a su subsistencia. Luego entonces, no se justificaría en ningún caso el abandono familiar, salvo la modalidad normativa... *no serán considerados como supuestos de exposición o estado de abandono, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas...*, en el que el padre migrante provea a la guarda del niño con el otro padre o diversa persona, libre de violencia, que contribuya a su atención nutricia y socializadora.

3.5.- La convivencia familiar. Un derecho imprescindible del niño

De acuerdo a lo que hemos afirmado en esta investigación respecto de las normas internacionales y nacionales que protegen a la familia como institución esencial para la construcción de las personas y en particular del niño, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁴³, resulta de vital importancia la familia para el niño, esto es, de pertenecer a un núcleo familiar, siendo entonces que el abandono familiar, es un acto que vulnera y destruye toda la estructura normativa establecida en favor del mismo, por lo que al no proveérsele de los mínimos vitales, pone en riesgo su seguridad y bienestar.

Ahora bien, entendemos por convivencia, las relaciones jurídicas derivadas del parentesco que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, fomentando el desarrollo afectivo, emocional, físico, moral, consolidando pues, la relación paterno filial. La proximidad o convivencia familiar, es parte en sí, de la titularidad y ejercicio de la patria potestad⁴⁴⁴, que es la institución de guarda y custodia en favor del niño. Entonces, la convivencia diaria y próxima del niño con sus padres en familia es tan importante que genera bienestar en el niño, como nos aporta Olga Leticia Galicia García, quien dice: “Los niños se sienten más satisfechos en sus contactos y acceso a ambos padres y presentan un mayor nivel de autoestima y mejores niveles de adaptación...”⁴⁴⁵, de ahí la importancia de la referida convivencia familiar.

La familia cumple con diversas funciones que conllevan a solventar las diversas vicisitudes, limitaciones y necesidades básicas, emocionales y morales del niño. En atención a esto, el bienestar del niño queda garantizado o por lo menos cubierto con la

⁴⁴³ Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴⁴⁴ Idea tomada Echarte Leliú, Ana María, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, España, Ed. Comares, 2000, p. 112.

⁴⁴⁵ Galicia García, Olga Leticia, *La evaluación psicológica forense en juicios familiares*, en García López, Erik (Director), *Fundamentos de Psicología jurídica y forense*, México, Ed. Oxford, 2010, p.657.

institución de la familia y su convivencia diaria, ya que el abandono de sus derechos genera un desenlace negativo en su desarrollo de vida. Por esto la convivencia es un aspecto fundamental e imprescindible en el ejercicio y positivización de ese cúmulo de derechos ya estudiados y que se representan en el buen vivir. Entendiendo el buen vivir como aquellas condiciones socioeconómicas necesarias para el desarrollo integral del niño, una regla entonces, es que se le garantice un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral⁴⁴⁶.

Farith Simon comparte que buen vivir, sería que el niño goce de “agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, habitad y vivienda, salud, trabajo y seguridad social”⁴⁴⁷, lo que se lograría necesariamente con la convivencia diaria y próxima del niño con su familia. Asimismo, Fernando Pliego Carrasco afirma que: “... de los registros de información muestran que los niños y adolescentes que viven con sus dos padres biológicos tienen un bienestar significativamente mayor en comparación con quienes viven en otras situaciones familiares posibles⁴⁴⁸. De ahí, que la afirmación de la convivencia familiar del niño con sus padres en un entorno o cuadro de familia adecuado es un derecho humano imprescindible.

Por último, en este sub apartado, cabe afirmar, que si bien en es cierto, la convivencia del niño con sus padres es un derecho correlativo, no queda a expensas o decisión de éste llevarse a cabo, por lo que no procede condicionarse la convivencia paterno-filial al previo consentimiento del menor, dada su incapacidad para decidir lo que más le convenga de momento, salvo la orden judicial ya explicada. Abona a esta idea la siguiente tesis aislada:

⁴⁴⁶ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo II, 2009, p. 62.

⁴⁴⁷ *Ibíd*em, p 68.

⁴⁴⁸ Pliego Carrasco, Fernando, *Las Familias en México. Estructuras de organización, proceso de cambio 2000-2010 y consecuencias en el bienestar de niños y adultos*, México, Ed. Porrúa, 2014. P. 119.

RÉGIMEN DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y VISITA A LOS HIJOS. NO DEBE CONDICIONARSE AL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES. De conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Senado de la República el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, ratificada por México el veintiuno de septiembre del precitado año, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno, en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, considerarán primordialmente que se atienda al interés superior del niño, de acuerdo con el artículo 3 de dicha convención. Consiguientemente, cuando se resuelva decretar un régimen de visitas entre un menor y alguno de sus progenitores no procede condicionarse la convivencia paterno-filial al previo consentimiento de dicho menor, pues dada su incapacidad para decidir lo que más le convenga, no puede quedar a su voluntad la verificación de la convivencia ya resuelta, amén de que lejos de beneficiarle ello le perjudica, puesto que el mencionado infante podría verse influenciado por factores externos a su real manera de pensar y sentir, es decir, se propiciaría que mediante la influencia de alguno de los progenitores se evitara la convivencia determinada, sin que derivase ello de la decisión personal de dicho menor.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 515/2004. 13 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Vicente Salazar López⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ RÉGIMEN DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y VISITA A LOS HIJOS. NO DEBE CONDICIONARSE AL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES. Época: Novena Época. Registro: 179211. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, Febrero de 2005. Materia(s): Civil. Tesis: II.2o.C.487 C. Página: 1765.

3.6.- La necesidad de protección de los derechos humanos del niño

Los niños son poseedores de un cúmulo de derechos que le corresponden a todo ser humano, pero que en atención a su situación especial de vulnerabilidad y dependencia con sus padres, dada su fase de desarrollo, se justifica razonablemente la protección integral de tales derechos. De acuerdo con esto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al interés superior del niño y, la Convención Sobre los Derechos del Niño, tienen como objetivo primordial el desarrollo armonioso de la personalidad del niño y del respecto de sus derechos que le han sido plenamente reconocidos como sujeto de derechos. De esos derechos especiales le sobrevienen a los padres, sociedad y Estado deberes específicos, tal y como lo deducimos de la Declaración de Ginebra de 1924, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) , de la Declaración de los Derechos del Niño (1959), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en particular el artículo 10, del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en particular los artículos 22 y 23, y en general de diversos instrumentos y organismos especializados en el bienestar del niño. Recordemos por ejemplo, que la Declaración de los Derechos del Niño reconoce que este, por su falta de madurez física y mental necesita de cuidados y protección especiales, incluida la protección integral legal, tanto antes, como después de nacido.

De este modo, la sola descripción normativa no es suficiente para su aplicación eficaz, puesto que no debemos soslayar, que como es motivo de esta investigación, muchas de las veces los padres no cumplen con sus obligaciones, por lo que nace la necesidad de instrumentar recursos sociales y jurídicos que vengán a garantizar la aplicación y efectividad de ellos. Ahora bien ¿Cómo se deben proteger los derechos humanos del niño? ¿De qué mecanismo legales o institucionales nos valdremos para ello? Cabe

comentar que la Ley General de Víctimas⁴⁵⁰ en sus artículos 2, 4 y 5, nos ofrece un panorama legal del concepto de víctimas de violación de los derechos humanos,⁴⁵¹ que a continuación y para su mejor comprensión transcribimos en lo medular:

Artículo 2. El objeto de esta Ley es:

I. Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia y todos los demás derechos consagrados en ella, en la Constitución, en los Tratados Internacionales de derechos humanos de los que el Estado Mexicano es Parte y demás instrumentos de derechos humanos; [...].

Artículo 4. Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte. [...]

Artículo 5. Los mecanismos, medidas y procedimientos establecidos en esta Ley, serán diseñados, implementados y evaluados aplicando los principios siguientes:

Dignidad.- La dignidad humana es un valor, principio y derecho fundamental base y condición de todos los demás. Implica la comprensión de la persona como titular y sujeto de derechos y a no ser objeto de violencia o arbitrariedades por parte del Estado o de los particulares.

En virtud de la dignidad humana de la víctima, todas las autoridades del Estado están obligadas en todo momento a respetar su autonomía, a considerarla y tratarla como fin de su actuación. Igualmente, todas las autoridades del Estado están obligadas a garantizar que no se vea

⁴⁵⁰ Diario Oficial de la Federación del 09 de enero de 2013.

⁴⁵¹ En su caso consultar también el Sub capítulo 1.11.- Vulnerabilidad del niño frente a sus padres, cuando estos los abandonan, citado en esta investigación.

disminuido el mínimo existencial al que la víctima tiene derecho, ni sea afectado el núcleo esencial de sus derechos.

En cualquier caso, toda norma, institución o acto que se desprenda de la presente Ley serán interpretados de conformidad con los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte, aplicando siempre la norma más benéfica para la persona. [...]

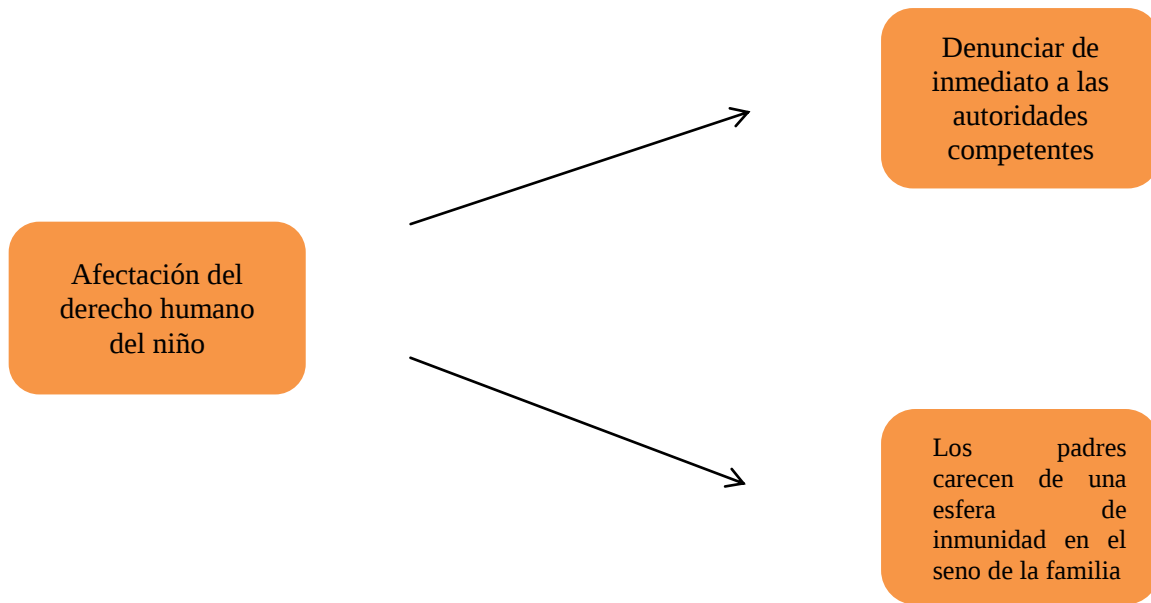
Enfoque diferencial y especializado.- Esta Ley reconoce la existencia de grupos de población con características particulares o con mayor situación de vulnerabilidad en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad y otros, en consecuencia, se reconoce que ciertos daños requieren de una atención especializada que responda a las particularidades y grado de vulnerabilidad de las víctimas.

Las autoridades que deban aplicar esta Ley ofrecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantías especiales y medidas de protección a los grupos expuestos a un mayor riesgo de violación de sus derechos, como niñas y niños, jóvenes, mujeres, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, migrantes, miembros de pueblos indígenas, personas defensoras de derechos humanos, periodistas y personas en situación de desplazamiento interno. En todo momento se reconocerá el interés superior del menor.

Este principio incluye la adopción de medidas que respondan a la atención de dichas particularidades y grado de vulnerabilidad, reconociendo igualmente que ciertos daños sufridos por su gravedad requieren de un tratamiento especializado para dar respuesta a su rehabilitación y reintegración a la sociedad. [...].

Por lo que conforme al sistema jurídico nacional, debemos considerar “víctima” a quien haya sido sujeto de violación de sus derechos humanos y, como es el caso, hemos demostrado que con el contenido normativo del bagaje jurídico del niño, el abandonarlo, se violan sus derechos humanos a formar y tener una familia; ello es así, porque el artículo 2 de la Ley en comento nos establece que se reconoce y garantizan

los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo que tenemos que advertir de un modo general e integral de protección de los derechos humanos del niño. De este modo, es concluyente que toda persona, autoridades y sociedad en general, que por cualquier medio tenga conocimiento de la afectación o violación de los derechos humanos del niño, deben denunciarlo de inmediato a la autoridad competente⁴⁵².



* Elaboración propia con base en la información recopilada y propuesta.
Tabla número 10.

Esto es, que el deber de denunciar corresponde a todo aquel que se entere o conozca de hechos de abandono del niño⁴⁵³, y el Estado se debe auxiliar de las denuncias de la ciudadanía en la materia, quedando claro que los padres no cuentan con ninguna esfera

⁴⁵² En materia de delitos, será competente el Ministerio Público y en materia de asistencia y protección jurídica, psicológica, social, física y acogida de los niños, será la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia (Procuraduría de Protección como señala la ley vigente aplicable).

⁴⁵³ Ejemplo de ello el artículo 10 de la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California.

de inmunidad en el seno de la familia en relación a sus deberes y los derechos del niño. Manuel Calvo García, al referirse a las violaciones de los derechos humanos del niño, opina que no habían sido entendidas como objetivo específico de intervención, sino hasta en épocas recientes y, no se percibía en el sistema jurídico como un problema social, ya que se disimulaba o velaba como un problema de tipo “privado” o “intimo” dentro del seno de la familia, por lo que no se justificaba la intervención estatal⁴⁵⁴, por ende, conforme a la normatividad internacional y nacional, la esfera de inmunidad no es un tema de orden privado, sino de orden público, de ahí, el interés de toda la sociedad para que se salvaguarden y respeten los derechos humanos del niño y, en caso de violación, se denuncien oportunamente ante la autoridad competente.

3.7.- Deberes de los niños

Antes de terminar con este capítulo, es necesario hacer una aclaración descriptiva sobre los deberes y las obligaciones a cargo de los niños, entiendo que todo derecho lleva implícito una obligación. Véase al caso, el concepto de obligación de Rafael Rojina Villegas que dice, “... obligación como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo en favor de otra persona, llamada acreedor”⁴⁵⁵. Asimismo, Diego Robles Farías nos explica que: “... el principal deber del acreedor es permitir que el deudor se libere de su obligación, en la forma y los términos establecidos [...] en la ley en que se funda su existencia”⁴⁵⁶; por lo que se desprenden las situaciones jurídicas de exigir y del deber jurídico recíprocos. Luego entonces, ¿Es posible hablar de obligaciones jurídicas de los niños donde quepa su deber de reciprocidad? y ¿Cuál sería ese deber de reciprocidad?

⁴⁵⁴ Calvo García, Manuel, *Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de medidas y protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Zaragoza, España, trabajo 17, 2006.

⁴⁵⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones*, México, Ed. Porrúa, 2004. p. 3

⁴⁵⁶ Robles Farías, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Ed. Oxford, 2011, p. 29.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo cuarto dispone que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, pero no dispone de manera expresa de obligación o deber alguno a cargo de estos; será entonces en la norma secundaria que por exclusión encontraremos deberes generales de los mismos, siendo los deberes de respeto y obediencia de acuerdo a sus aptitudes y condiciones de desarrollo. Los padres tienen el deber y la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de los derechos humanos del niño ¿Pero tienen derechos exigibles frente a sus niños? La respuesta no es del todo sencilla ni concluyente, ya que sólo podemos inferir de manera general que estos tienen deberes generales de obediencia y respeto como antes lo hemos dicho.

Farit Simon nos aporta un bosquejo de condiciones o deberes a cargo del niño en los siguientes términos:

Los niños, niñas y adolescentes tienen los deberes generales que la Constitución Política impone a los ciudadanos, en cuanto sean compatibles con su condición y etapa evolutiva. Están obligados de manera especial a:

- 1.- Respetar a la Patria y a sus símbolos;
- 2.- Conocer la realidad del país, cultivar la identidad nacional y respetar su pluriculturalidad; ejercer y defender efectivamente sus derechos y garantías;
- 3.- Respetar los derechos y garantías individuales y colectivas de los demás;
- 4.- Cultivar los valores de respeto, solidaridad, tolerancia, paz, justicia, equidad y democracia;
- 5.- Cumplir sus responsabilidades relativas a la educación;
- 6.- Actuar con honestidad y responsabilidad en el hogar y en todas las etapas del proceso educativo;
- 7.- Respetar a sus progenitores, maestros y más responsables de su cuidado y educación; y
- 8.- Respetar y contribuir a la preservación del medio ambiente y de los recursos naturales⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo II, 2009. p. 322-323.

En nuestro sistema legal civil estatal, los niños tienen como carga el deber de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes⁴⁵⁸; esto es, un deber de conducta honesto. Así mismo, advertimos como sanción, la cesación de la obligación de dar alimentos del padre cuando el acreedor alimentario tenga una conducta viciosa, una falta de aplicación al trabajo o abandone el domicilio del deudor alimentista:

ARTÍCULO 317.- Cesa la obligación de dar alimentos: [...] IV.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas; V.- Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables⁴⁵⁹.

Ahora bien, sería absurdo asumir que un niño pequeño, dependa de una conducta viciosa, de una falta de aplicación al trabajo o que abandone el domicilio del padre obligado y le traiga como consecuencia la cesión del derecho alimentario, partiendo de su fase de desarrollo y de dependencia, en la cual debe ser cuidado y educado conforme a las disposiciones normativas del derecho de custodia y educación. Distinto es pensar en un adolescente que conforme a su desarrollo personal psicológico y necesidades básicas, empieza a gozar de discernimiento e inclusive de cierta rebeldía frente a sus padres⁴⁶⁰, que en determinadas circunstancias pudiera tomar decisiones erróneas sobre su persona o sobre la relación con sus padres, maestros o sociedad.

⁴⁵⁸ ARTÍCULO 408.- Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Del Código Civil para el Estado de Baja California, consultado el día 15 de julio de 2016.

⁴⁵⁹ ARTÍCULO 317.- Cesa la obligación de dar alimentos: I.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla; II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos. III.- En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos; IV.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas; V.- Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables. Del Código Civil para el Estado de Baja California. Consultado el día 15 de julio de 2016.

⁴⁶⁰ “La rebeldía es una característica propia de los adolescentes que se pone de manifiesto en sus actitudes de diferentes maneras; protestando constantemente, oponiéndose a las normas o a lo establecido, desobedeciendo por sistema y enfrentándose con frecuencia a los padres, tutores y profesores. El comportamiento rebelde de los adolescentes es la consecuencia de la búsqueda de independencia. Necesitan distanciarse de la relación de dependencia y protección que han tenido con sus padres para adentrarse en el mundo adulto y encontrar su identidad personal. Lograrlo es un proceso que presenta muchas dificultades y su principal problema son los padres y su propio carácter. En cuanto a sus padres se producen discusiones continuas y desacuerdos con ellos. Se

En este orden de ideas, sería erróneo afirmar de manera tajante que los niños o adolescentes no cuenten con deberes u obligaciones en diversas materias jurídicas, por ejemplo, en materia de justicia, se puede mencionar la justicia para adolescentes⁴⁶¹, o en materia del trabajo, los menores trabajadores⁴⁶², donde los adolescentes tienen a su cargo diversos deberes, ya como responsabilidad penal o como responsabilidad laboral. Más aún, en el derecho civil estatal se encuentran, a manera de ejemplo, las facultades de contraer matrimonio antes de la mayoría de edad, previo consentimiento de los padres:

ARTÍCULO 145.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Los presidentes municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

ARTÍCULO 146.- El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos⁴⁶³.

Véase pues, que la norma exige en su caso del menor varón, que este haya cumplido por lo menos dieciséis años y en la menor mujer, catorce años, permitiéndose en su caso la dispensa de edad por causa grave y justificada a juicio de la autoridad municipal. También, en materia de contratos y acuerdos civiles otorga protección al niño con la institución de nulidad, pero en determinada circunstancia le arroja responsabilidad civil:

siente frustrado e insatisfecho por cómo les tratan y le exaspera el comportamiento que tienen hacia él”. http://www.pulevasalud.com/ps/subcategoria.jsp?ID_CATEGORIA=104357&RUTA=1-5-9-104357 (Consultado el día 15 de junio de 2016).

⁴⁶¹ Reforma al artículo dieciocho de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, del día 12 de diciembre de 2005, donde se creó el nuevo sistema de justicia para adolescentes.

⁴⁶² Artículo 173 de la Ley Federal del Trabajo, de los Menores trabajadores. Consultado el día 15 de julio de 2016.

⁴⁶³ Del Código Civil para el Estado de Baja California, consultado el día 15 de julio de 2016.

ARTÍCULO 634.- Las personas menores de dieciocho años de edad no pueden alegar la nulidad de que hablan los artículos 630 y 631, en las obligaciones que hubieren contraído sobre materias propias de la profesión, o arte en que sean peritos.

ARTÍCULO 635.- Tampoco pueden alegarla las personas menores de dieciocho años de edad, si han presentado certificados falsos del Registro Civil, para hacerse pasar como mayores o han manifestado dolosamente que lo eran⁴⁶⁴.

Esto es, que si el niño se despliega o contrata en actividades materiales o económicas propias de sus habilidades, arte o pericia que maneje, no queda relevado de obligaciones civiles debidamente contraídas, o en caso de que se conduzca con malicia al manifestar, cuando las circunstancias lo ameriten⁴⁶⁵, con documentación falsa como si fuera mayor frente a terceras personas. Farith Simon, al caso afirma que los niños sí deben contar con deberes en su esfera de acción y derechos al decir:

... debido a la opinión de algunos sectores que consideran que la no mención específica a los “deberes” no contribuía a la formación de personas responsables. Al margen de las discusiones sobre la naturaleza de esos deberes debo decir que el reconocimiento de los menores de edad como sujetos plenos de derechos entraña indudablemente el reconocimiento de la existencia de obligaciones derivadas del ejercicio de los derechos en la convivencia familiar, escolar y social⁴⁶⁶.

Se concluye así en este apartado, que los niños tienen en general, deberes de respeto y obediencia de acuerdo a sus aptitudes y condiciones de desarrollo personal, además, que por ser una necesidad jurídica evidente, pueden adquirir compromisos civiles,

⁴⁶⁴ Del Código Civil para el Estado de Baja California, consultado el día 15 de julio de 2016.

⁴⁶⁵ Insistiendo pues en el caso de un adolescente o persona menor que físicamente pueda presumirse que por lo menos tenga la edad de dieciocho años por su estructura física, no así un niño o niña menor o un infante, quienes de plano no cuentan con discernimiento ni aptitudes válidas para contratar.

⁴⁶⁶ Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo II, 2009, p. 325.

laborales o de responsabilidad de justicia para adolescentes, conforme a la normatividad jurídica respectiva. Ya por último, Habrá que recordar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás y considera a los menores como sujetos de derecho. Los custodios por su parte, en aras de educarlos e instruirlos, tienen el deber de respetar sus derechos – de los niños- y en reciprocidad los menores también deben de respetar y obedecer a sus progenitores o custodios.

CAPÍTULO CUARTO

ESTUDIO DE ABANDONO EN MEXICALI, BAJA CALIFORNIA

En este eje de investigación se realiza un análisis empírico de las situaciones y consecuencias legales que surgen del abandono del derecho humano del niño a vivir en familia, cuando los padres obligados a ello no cumplen con el cuidado, custodia y crianza de aquellos. Así mismo, qué instituciones del Estado participan o deben participar en el ámbito de sus competencias, en atención a las directrices y políticas públicas de protección y salvaguarda y, si en su defecto, logran sustituirse en un espacio o ambiente familiar para el niño abandonado.

4.1.- Características del Estado de Baja California

Dado los límites temporales y materiales de esta investigación⁴⁶⁷, habremos de ubicar el Estado de Baja California en cuanto a su composición geográfica y por ende poblacional. De este modo Baja California es el Estado número 29 de la República Mexicana, porque fue precisamente la 29 entidad federativa en ser considerada como tal. Está compuesta por cinco municipios, con una población cercana a los tres millones doscientos noventa y siete mil setecientos sesenta y seis habitantes, distribuida en: Municipio de Mexicali con novecientos ochenta y ocho mil cuatrocientos diecisiete; Municipio de Tijuana con un millón seiscientos cuarenta y un mil quinientos setenta; Municipio de Ensenada con cuatrocientos ochenta y seis mil seiscientos treinta y nueve; Municipio de Tecate con ciento dos mil cuatrocientos seis y, Municipio de Playas de Rosarito con noventa y seis mil setecientos treinta y cuatro⁴⁶⁸.

Respecto a sus características geográficas, el Estado tiene una superficie de setenta y un mil cuatrocientos cincuenta km². La Península Californiana, conformada por los estados de Baja California y Baja California Sur, es un brazo de tierra que está

⁴⁶⁷ “Se integra en este apartado –cuarto- un breve análisis de la situación actual en el Estado de Baja California, en particular en el espacio del Municipio de Mexicali con la delimitación temporal de 2011- 2014, como punto de partida de la reforma constitucional de los derechos humanos en el sistema legal mexicano”, como supuesto a demostrar, p. 14 de esta investigación doctoral.

⁴⁶⁸ <http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/bc/poblacion/default.aspx?tema=me&e=02> (Consultada el día 16 de julio de 2016).

separado del territorio mexicano por el Río Colorado y el Mar de Cortez (o Golfo de California) en el noreste. Al norte, se encuentra el estado norteamericano de California. Al oeste y al sur, colindan con el Océano Pacífico. La Sierra de Juárez y la sierra de San Pedro Mártir provienen de cadenas montañosas originadas en el sur del vecino estado de California. Otros sistemas montañosos más pequeños son la Sierra Cucapah, Las Tinajas, La Peralta, San Felipe, San Miguel y Santa Isabel. Entre las especies animales que se encuentran están el puma, venado cola blanca, víbora de cascabel, halcón cola roja y zorra gris⁴⁶⁹.

En el noroeste de Baja California se encuentran dos sistemas geográficos, el primero, ubicado el noroeste que se le conoce como región californiana, que se caracteriza por tener un clima mediterráneo (climas cálidos y secos e inviernos templados) y, por contar con ecosistemas de marismas –principalmente, dunas, matorrales, chaparrales y bosques de coníferas. El resto de la península forma parte del desierto sonorense, las altas temperaturas, escasa lluvia y las plantas cactáceas caracterizan esta región. Entre la vegetación desértica habitan el gato montés y el borrego. Los recursos naturales mineros son abundantes, entre los que destacan, están los depósitos de tungsteno, travertino, sal, turquesa, las vetas de oro y yacimientos de cobre, entre otros⁴⁷⁰.

En la composición de la población, se encuentra que de los habitantes de Baja California, cerca de 1,651,341 son hombres y cerca de 1,675,425 son mujeres⁴⁷¹. En Mexicali, conviven una población cercana a los novecientos ochenta y ocho mil cuatrocientos diecisiete habitantes, de los cuales 50.4% son hombres y el 49.6% son mujeres⁴⁷². La población infantil es cerca de trescientos treinta y siete mil seiscientos

⁴⁶⁹ <http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/bc/poblacion/default.aspx?tema=me&e=02> (Consultada el día 16 de julio de 2016).

⁴⁷⁰ *Ibíd.*

⁴⁷¹ <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/bc/poblacion/> (Consultado el día 16 de julio de 2016).

⁴⁷² <http://www.copladebc.gob.mx/seis/pdf/apuntePoblacionBCyMunicipiosEne14.pdf> (Consultado el día 16 de julio de 2016).

treinta y ocho menores⁴⁷³. Asimismo, el número de familias en Baja California calculado por el Instituto Nacional de Geografía y Estadística hasta el 2010 era de ochocientos cincuenta y tres mil doscientos cincuenta y cuatro hogares⁴⁷⁴ y en Mexicali de doscientos dieciocho mil novecientos doce hogares⁴⁷⁵.

De este universo poblacional podemos apreciar la significación de niños que estadísticamente deben vivir en una familia circunscritos en el municipio de Mexicali, cercana a los doscientos dieciocho mil novecientos doce hogares o familias. Espacio o marco familiar que deben procurar el bienestar general del niño para que se desarrolle de manera armónica y con respeto de sus derechos humanos.

4.2.- Hecho social 1.- Abandono familiar del niño

Una vez afirmado el contenido y alcance de los derechos humanos del niño a vivir y pertenecer a su familia, puede resultar el hecho del abandono por uno o por los dos de sus padres, que de manera sistemática pueden negar el goce pleno e íntegro de los derechos, poniendo al infante en carencia de la proximidad familiar.

Ahora bien, ¿Qué derechos humanos del niño se exponen cuando los padres obligados al cuidado, custodia y crianza de sus hijos, los abandonan? En resumen, afirmamos en esta investigación doctoral que los derechos vulnerados del niño son, privarlos de:

Situación	Derechos vulnerados
Niño abandonado - abandono familiar	Vida adecuada Alimentación

⁴⁷³ <http://www.nuestro-mexico.com/Baja-California/Mexicali/> Consultado el día 16 de julio de 2016).

⁴⁷⁴ <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/bc/poblacion/vivienda.aspx?tema=me&e=02> Consultado el día 16 de julio de 2016).

⁴⁷⁵ <http://www.nuestro-mexico.com/Baja-California/Mexicali/> Consultado el día 16 de julio de 2016).

	Habitación
	Vestido
	Salud
	Educación formal y obligatoria

Cuadro elaborado con información de esta investigación doctoral.
 Tabla número 11.

De este modo, el niño, en el ejercicio de los derechos humanos de familia, debe gozar del cuidado, custodia y crianza por parte de sus padres biológicos, para su debido desarrollo humano, con lo que se le permitirá formarse en un espacio de bienestar general. Luego entonces, arribar a lo contrario, es decir, al ser abandonado, se le priva de gozar de una vida adecuada a su situación de prevalencia y vulnerabilidad, no debiendo ser objeto de maltratos psicológicos o físicos. El no proveerle de una adecuada alimentación puede provocar desnutrición o daños que inclusive puede trascender a su vida adulta al no desarrollarse adecuadamente⁴⁷⁶. Faltarle al niño un lugar adecuado y habitable para vivir le puede generar daños a su integridad corporal, ya sea por estar expuesto a la intemperie sufriendo fríos o altas temperaturas, suciedad, o inseguridad, con lo cual, pudiera genéresele diversas enfermedades hasta la muerte inclusive. El no arroparlo o vestirlo adecuadamente ya sea de un recién nacido hasta un adolescente, puede acarrearle daños a su integridad corporal. No otorgarle las atenciones médicas y de protección necesarias para prevenir enfermedades o restablecer la salud, ocasionaría en el niño malestares innecesarios y daños a su integridad corporal y psicológica, así mismo, con el abandono se puede exponer o carecer de educación no formal como la formal, privando al menor de los recursos,

⁴⁷⁶ “Los primeros años de vida del niño marcan en gran parte su salud futura. De la alimentación en nuestra infancia y juventud depende en gran medida tener una vida adulta sana y una vejez longeva. Y es que una dieta pobre en ciertos nutrientes o rica en otros nada saludables aumenta el riesgo de padecer en el futuro obesidad, diabetes, colesterol, enfermedades cardiovasculares, osteoporosis o ciertos tipos de cáncer”. <https://www.todopapas.com/ninos/alimentacion-infantil/consecuencias-de-una-mala-nutricion-4796> (Consultado el día 06 de agosto de 2016).

habilidades y requerimientos de índole cultural, educativo y científico que requerirá para el desarrollo de toda su vida presente y futura.

Todo ello considérese afectaciones directas ocasionadas por el abandono familiar, que de manera indefectible vulneran los derechos humanos del niño, que lo priva de un desarrollo normal, pleno y feliz en la instancia familiar. El atender las obligaciones nutricias y socializadoras por parte de los dos padres en el ejercicio de la guarda y custodia, que como obligación tienen, desarrolla el estado de bienestar del menor. Ahora bien, hay que destacar que las obligaciones parentales no están estancadas, estas son dinámicas con el transcurso del tiempo, partiendo de la situación o reconocimiento del niño como un incompetente básico⁴⁷⁷. Ya que el niño no puede proveerse por sí mismo los satisfactores necesarios para su desarrollo pleno de su infancia, que por su situación de vulnerabilidad se encuentra a disposición de sus padres o de las personas que lo deben de cuidar, tomando en cuenta que su autonomía la ira adquiriendo con el transcurso del tiempo mientras vaya creciendo. Esto es, que el niño, no puede decidir por su minoría de edad que comer, cuando comer, a donde viajar o trasladarse, que estudiar, entre otras situaciones, que por ende, tal decisión, le corresponden a sus padres, quienes tienen la carga y custodia de atenderlos adecuadamente de acuerdo al desarrollo y habilidades que vaya adquiriendo el menor durante su vida.

De este modo, podemos afirmar que el niño puede ser discriminado o abandonado por causas inherentes al mismo, por causas inherentes a la familia o por causas deficientes de las normas legales y de las políticas gubernamentales. Por causas inherentes al niño, podemos mencionar niños no deseados, prematuros, con enfermedades crónicas,

⁴⁷⁷ “Si bien es cierto que el niño puede ser calificado como incompetente básico, por lo menos durante los primeros años del desarrollo, y que por tanto se justifican las medidas paternalistas en el ejercicio de sus derechos, no hay que ignorar que, tal como sostiene Archar, los distintos derechos requieren de distintas competencias, es decir, es una cuestión progresiva, y en la medida en que se van desarrollando ciertas habilidades, es necesario ir permitiendo el ejercicio de algunos de éstos”. González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 151.

hiperactivos, entre otras, que incomodan o generan cansancio a sus padres y que en el caso de estudio, deciden abandonarlos, dada las cargas emocionales y materiales para atenderlos. Por causas inherentes a la familia, como el caso de padres jóvenes, familias monoparentales, embarazos no deseados, exposición a la violencia familiar, enfermedades físicas o mentales de los padres, problemas de relaciones familiares deficientes, familias numerosas conviviendo en espacios reducidos o hacinados, aislamiento social, entre otras y por causas deficientes de las normas legales y de las políticas gubernamentales, cuando el estado carece de un sistema legal de protección del menor, así como de las instancias de gobierno y de sus políticas de prevención y protección deficientes, burocráticas e ineficaces.

Por ende, es importante identificar cuantos niños aproximadamente existen en el campo de la investigación, lo que podemos obtener del siguiente cuadro poblacional de Mexicali, Baja California, sobre datos que publica el Instituto Nacional de Geografía y Estadística hasta el 2010, sobre el panorama de niños que deben estar en el seno de la familia:

Población infantil en Mexicali ⁴⁷⁸	Número de familias en Mexicali ⁴⁷⁹
337,638	218,912

Para el caso, es recurrente escuchar en las noticias locales y nacionales casos de maltrato a infantes, como en las referidas fechas:

11 de febrero de 2015, encabezado: Localizan a Janet Lizbeth enterrada. Tras 72 horas de haber sido reportada como desaparecida la menor de 12 años estaba enterrada sin vida en el predio de su casa.

⁴⁷⁸<http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/bc/poblacion/vivienda.aspx?tema=me&e=02>
(Consultado el día 16 de julio de 2016).

⁴⁷⁹<http://www.nuestro-mexico.com/Baja-California/Mexicali/> (Consultado el día 16 de julio de 2016).

24 de junio de 2016, encabezado: Angelita de Dios - niña de 5 años muerta por su padrastro y madre.

25 de junio de 2016, encabezado: Diana Mia Campuzano Herrera su padrastro y mama la mataron y la tiraron al canal.

30 de junio de 2016, encabezado: Bebita de 8 meses violada por el padrastro.

5 de julio de 2016, encabezado: Atiende el UVI 70% de casos de menores abandonados.

14 de julio de 2016, encabezado: Niño (nombre Dilan Esquivel), llega al hospital el 30 de julio de 2015 y falleció tres días después y presentaba síndrome del niño maltratado, a manos del padrastro Jesús “N” de 29 años de edad.

25 de julio de 2016, encabezado: Rescatan a 57 niños por denuncias anónimas.

20 de agosto de 2016, encabezado: crecen casos de atención de niños por violencia⁴⁸⁰.

Entre más casos que se publican mediante noticias locales o nacionales donde aparecen encabezados de maltrato o abandono de infantes, donde queda de manifiesto la violación directa a los derechos humanos del niño en la sociedad.

⁴⁸⁰ <http://www.lacronica.com/> (Consultado el día de su circulación).

4.3.- Hecho social 2.- Factores sociales y familiares que propician el abandono familiar del niño

En el capítulo tres de esta investigación doctoral afirmamos que las causas sociales del abandono familiar se traducen en permitir que el niño presencie actos de violencia o maltrato severo entre los padres o adultos, ignorar, insultar o amenazar al niño con violencia, no suministrarle un ambiente seguro y de apoyo emocional por parte de los adultos y mostrar descuido imprudente para su bienestar⁴⁸¹. Inclusive, analizamos supuestos como excepciones para ilustrar y demostrar que estas no excluyen a los padres de sus obligaciones parentales como son, las enfermedades psicológicas, que sean violentos o generen actos de violencia hacia el niño, que sean drogadictos, que se encuentren en una situación legal de responsabilidad penal, que por ende, no les permita la proximidad familiar con el niño, que se encuentren en una situación de migración y desplazamiento del lugar de origen o que estén en el caso de un proceso de divorcio y terminación del matrimonio.

Luego entonces ¿Qué factores generan el abandono familiar de los padres en perjuicio de los niños? Principalmente afirmamos que son la omisión o incumplimiento doloso, la pobreza, ignorancia y falta de oportunidades laborales. Factores sociales que condicionan el incumplimiento de las obligaciones parentales en perjuicio del niño. La omisión o incumplimiento doloso de las obligaciones familiares se traduce en el abandono familiar que se genera por voluntad del o de los padres abandonadores, que implica el hecho de desprenderse, dejar de lado o descuidar cualquier elemento material, psicológico o moral en favor del desarrollo y convivencia del niño en una familia. El abandono de los deberes que como obligaciones parentales tienen los padres respecto de sus menores hijos, implica que el padre descuide a su hijo generando por ende, daños ya de tipo material, emocional, moral o legal. Considerando que los

⁴⁸¹ www.notinfancia.org.pe/online/2007/texto/Domay26.doc (Consultado el día 26 de mayo de 2016).

deberes de los padres más, que derechos o facultades sobre o hacia los hijos, es una asistencia personal, moral, social y legal de vital importancia.

De ahí, que el abandono es una situación que se relaciona de manera negativa con las obligaciones parentales que los padres tienen respecto de sus hijos. Estas obligaciones parentales constituyen las bases de atención, cuidado y protección que los niños deben gozar en los términos que hemos venido comentando respecto del cúmulo de derechos humanos del niño. Esto nos lleva a entender que los padres abandonadores violan gravemente los derechos humanos del niño a pertenecer y vivir en el seno de una familia, derivado de la conducta omisa de descuido o de negligencia dolosa para atender las obligaciones parentales respectivas.

Otro factor social que implica el abandono del niño y del desprendimiento de la convivencia familiar, es la pobreza. La pobreza es la situación de las personas que no tienen lo necesario para vivir dignamente⁴⁸². Asimismo, ha dispuesto el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social que la pobreza es la situación en la que no se alcanza el bienestar mínimo equivalente al valor de la canasta alimentaria por persona en un mes⁴⁸³. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha especificado en tesis de jurisprudencia que la línea de la pobreza⁴⁸⁴, será

⁴⁸² <http://definicion.de/pobreza/> (Consultado el día 07 de septiembre de 2016).

⁴⁸³ <http://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezalInicio.aspx> (Consultado el día 07 de septiembre de 2016).

⁴⁸⁴ POBREZA, MARGINACIÓN Y VULNERABILIDAD. CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL NO CONSTITUYEN SINÓNIMOS. Conforme a lo establecido en la fracción VI del artículo 5 de la Ley citada los "grupos sociales en situación de vulnerabilidad", se definen como: "aquellos núcleos de población y personas que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación que les impiden alcanzar mejores niveles de vida y, por lo tanto, requieren de la atención e inversión del Gobierno para lograr su bienestar". Por su parte, los artículos 8 y 9 de esa Ley los identifican como los sujetos que tienen derecho a recibir acciones y apoyos tendientes a disminuir su desventaja y su artículo 19, en su fracción III, prevé que son prioritarios y de interés público para la Política Nacional de Desarrollo Social los programas dirigidos a las personas en situación de vulnerabilidad. Por lo que se refiere al concepto de "marginación", el artículo 19 se refiere a los tres conceptos de manera conjunta y en relación con la prioridad y el tipo de interés de los programas de desarrollo social, dirigidos a personas en "condiciones de pobreza, marginación o en situación de vulnerabilidad"; en tanto que el artículo 29 del mismo ordenamiento se refiere a la determinación de zonas de atención prioritaria y a la existencia de "índices" de marginación y pobreza. De las referencias anteriores se llega a la conclusión de que los conceptos y su uso claramente no

aquella que identifique la Secretaría de Desarrollo Social a través del Consejo Nacional de Evaluación. De este modo, la pobreza económica del padre o de los padres del niño puede condicionar, aún sin pretenderlo, una desatención de las obligaciones parentales, sobre todo las de carácter material.

Tal abandono familiar del niño derivado de una situación de pobreza podría afectar los derechos o mínimos vitales, como la adecuada alimentación, habitación suficiente para vivir dignamente, el arropamiento o vestido adecuado, la atención recurrente, preventiva y de restablecimiento de la salud, así como las atenciones y responsabilidades escolares del menor. La adecuada y nutritiva alimentación permitirá al niño crecer de manera sana y con un desarrollo adecuado. La ingesta de los alimentos y nutrientes adecuados a temprana edad, trascenderán necesariamente en la vida adulta, dado que gozará de la salud adecuada, como se apuntó en esta investigación, cuando se afirmó que la inadecuada alimentación puede provocar desnutrición o daños irremediables en la vida adulta⁴⁸⁵.

pueden ser considerados como sinónimos. Desde la definición de "grupos en situación de vulnerabilidad" se desprende que la vulnerabilidad es una condición multifactorial, ya que se refiere en general a situaciones de riesgo o discriminación que impiden alcanzar mejores niveles de vida y lograr bienestar. El derecho de estos grupos y de personas en lo individual, según el artículo 8, es el de recibir acciones y apoyos para disminuir su desventaja. Por tanto, se puede definir que el universo de sujetos a los que se refiere la Ley se encuentra integrado por grupos o personas en esta situación de vulnerabilidad. En este sentido, si bien es cierto que el índice para la definición, identificación y medición de la "pobreza" es una atribución que legalmente le compete al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, como lo establece el artículo 36 de la Ley; sin embargo, la Ley no establece la exclusividad del índice y menciona de manera explícita los otros dos conceptos dentro su articulado sin determinar de manera específica a qué órgano de la administración le corresponde determinar su contenido. En este sentido y por lo menos en los conceptos acabados de analizar de pobreza, marginación y existencia de grupos vulnerables, el citado Reglamento no se excede a lo determinado en la Ley referida ya que sólo desarrolla los conceptos que ahí se contienen. Controversia constitucional 41/2006. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 3 de marzo de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el primero de julio en curso, aprobó, con el número 85/2009, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a primero de julio de dos mil nueve.

⁴⁸⁵<https://www.todopapas.com/ninos/alimentacion-infantil/consecuencias-de-una-mala-nutricion-4796>

(Consultado el día 06 de agosto de 2016). "Los primeros años de vida del niño marcan en gran parte su salud futura. De la alimentación en nuestra infancia y juventud depende en gran medida tener una vida adulta sana y una vejez longeva. Y es que una dieta pobre en ciertos nutrientes o rica en otros nada saludables aumenta el riesgo de padecer en el futuro obesidad, diabetes, colesterol, enfermedades cardiovasculares, osteoporosis o ciertos tipos de cáncer".

La atención correcta de proporcionar habitación al niño, consiste en que el padre procure o gestione un hogar lo suficientemente sólido que garantice el bienestar de vida, de ahí que faltarle al niño un lugar adecuado y habitable para vivir, puede generar daños a su integridad corporal y, sufrir innecesariamente por la intemperie, ya sea por altas temperaturas o fríos. Situaciones que no se garantizan por la situación de la pobreza de los padres, que condiciona en su caso, no poseer casa adecuada, ya sea por no tener una o por estar construida con materiales inadecuados como lo sería cartones u hojas de yeso sin vida útil al respecto.

La pobreza del padre o de los padres puede arrojar el perjuicio material de no contar con los recursos económicos necesarios para vestir adecuadamente al infante y por ende, no cubrir satisfactoriamente sus necesidades más básicas. Al caso, es indispensable apuntar la categorización de vida del niño, es decir, las diversas categorías identificadas en esta investigación doctoral como son la etapa del recién nacido, que parte del alumbramiento como un hecho jurídico trascendental, siendo el caso que las primeras semanas de vida del niño constituyen la mayor dependencia del ser humano. Dada su contacto con la intemperie (fuera del seno materno) el niño debe adaptarse al entorno, de ahí que sus padres deben procurar el espacio y lugar adecuados para su alimentación, descanso, así como la debida lactancia materna para su desarrollo. La segunda categoría, es decir, la primera infancia comprende desde el primer mes de vida hasta aproximadamente los dos años de edad, donde el niño sigue creciendo y adquiriendo adaptabilidad al mundo que lo rodea, aunque sigue teniendo un alto grado de dependencia con los adultos, por lo que se necesita cuidarlo contra los riesgos inminentes ya que comienza a moverse, caminar, sentarse, correr, llevarse objetos a la boca, etc. En esta etapa se desarrollan los vínculos afectivos importantes entre el niño y sus padres⁴⁸⁶. La categoría preescolar que va desde los dos a los seis

⁴⁸⁶ Recordemos la teoría del apego que consiste en que para el adecuado desarrollo los niños, estos tienen una necesidad básica biológicamente determinada y especialmente activa durante los tres primeros años de vida, en la cual, deben mantener una relación estable con un adulto que les proporcione contacto, seguridad y afecto;

años, ocurren una infinidad de cambios físicos como intelectuales. El niño ya puede comunicarse con lenguaje oral, además de generar una lógica incipiente, así como entendimiento básico de reglas o normas morales impuestas por los adultos. El crecimiento del niño se hace más lento, pero no se debe restar la importancia de la debida alimentación. Comienza también, a desarrollar habilidades cognitivas que es posible gracias a la educación formal.

En la categoría escolar, que va desde los seis años hasta la pubertad, que es alrededor de los doce o trece años, el niño ya no solo está en contacto con sus padres, sino también, con la escuela (la educación formal), por lo que comienza la escolarización, sumada con la interacción con sus iguales. Se supone que el niño adquirió los diversos hábitos de alimentos, sueño, higiene necesarios. En la categoría de la pubertad y adolescencia, que es el puente intermedio entre la infancia y la adultez, inicia un periodo de crecimiento que lo prepara para la edad adulta, por lo que la vestimenta adecuada es una situación trascendental para el infante.

Así también, la pobreza puede generar en una deficiente atención tanto preventiva como de restablecimiento de la salud por la falta de recursos económicos, que puede impedir que el padre acuda a la asistencia de salud en favor del niño y, que por ende, se traduzca en un abandono familiar de asistencia adecuado. Y por supuesto, dada la condición de pobreza, no se privilegia el entorno al niño, disponiendo del tiempo del menor en actividades laborales en lugar de acudir a la escuela.

La pobreza en México está considerada en un rango muy alto de la población total, tal y como se aprecia del Plan Nacional de Desarrollo 2013 – 2018, que determina:

“necesidad que es relativamente independiente y se encuentra al nivel de las necesidades de subsistencia, por lo que el cuidado afectivo estable tiene una gran importancia en el desarrollo infantil”. Adroher Biosca, Salomé, Gómez Bengoechea, Blanca y Berastegui Pedro-Viejo, Ana. Dykinson, España, Revista: Se busca familia para un niño. Perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad 2015. p. 20.

Muchos mexicanos se enfrentan a una serie de factores que los mantienen en círculos viciosos de desarrollo donde las oportunidades de progreso son escasas. El 46.2% de la población vive en condiciones de pobreza y el 10.4% vive en condiciones de pobreza extrema. Los indicadores tampoco nos permiten ser complacientes con respecto a la desigualdad del ingreso, la violación de los derechos humanos, la discriminación y el limitado acceso a servicios de salud y a una vivienda digna⁴⁸⁷.

El factor social ignorancia es la falta general de instrucción o de conocimientos⁴⁸⁸, necesarios para entender la vida. Contrario a ello, la educación es el medio fundamental para adquirir, transmitir y acrecentar la cultura, conforme al artículo 2 de la Ley General de Educación. De tal modo, la ignorancia priva a la persona de las habilidades y de oportunidades de un mejor nivel de vida. Lo que lleva a colación que un padre o padres ignorantes desconozcan en general los derechos generales de bienestar del niño, como son el procurar en el seno de la familia una buena educación.

Los padres ignorantes o que no están instruidos muchas veces no saben cómo atender y educar a sus hijos, lo que se traduce en un entorno familiar de abandono. Dado que como sujetos responsables de las obligaciones parentales en favor del niño, en tal cualidad recurren más bien al abandono o a la violencia, ignorando inclusive, que son deudores de diversas obligaciones parentales, privilegiando por esta circunstancia su propia supervivencia. Ignoran las cargas de alimentar, educar, atender, cuidar y procurar el bienestar del niño. La ignorancia es entonces un factor social complejo y multifactorial que afecta sobremanera los estándares mínimos vitales del entorno familiar. Genera un desorden de los componentes familiares y por ende, una afectación directa en los derechos del infante.

⁴⁸⁷ Plan Nacional de Desarrollo 2013 – 2018 (Consultado el día 11 de septiembre de 2016).

⁴⁸⁸ www.google.com.mx/?gws_rd=ssl#q=que+es+la+ignorancia (Consultado el día 07 de septiembre de 2016).

Ahora bien, la ignorancia de las leyes, no exime de su cumplimiento. Tampoco la ignorancia de saber educar a los hijos, exime la obligación de hacerlo, puesto que hay muchos medios para aprender a educar. La ignorancia no es una excusa, suele ser una disculpa. La ignorancia de las normas morales, que regulan la convivencia entre las personas, no debe ser una justificación para hacer lo que se quiere hacer⁴⁸⁹. Por su parte el artículo 21 del Código Civil para el Estado de Baja California dispone:

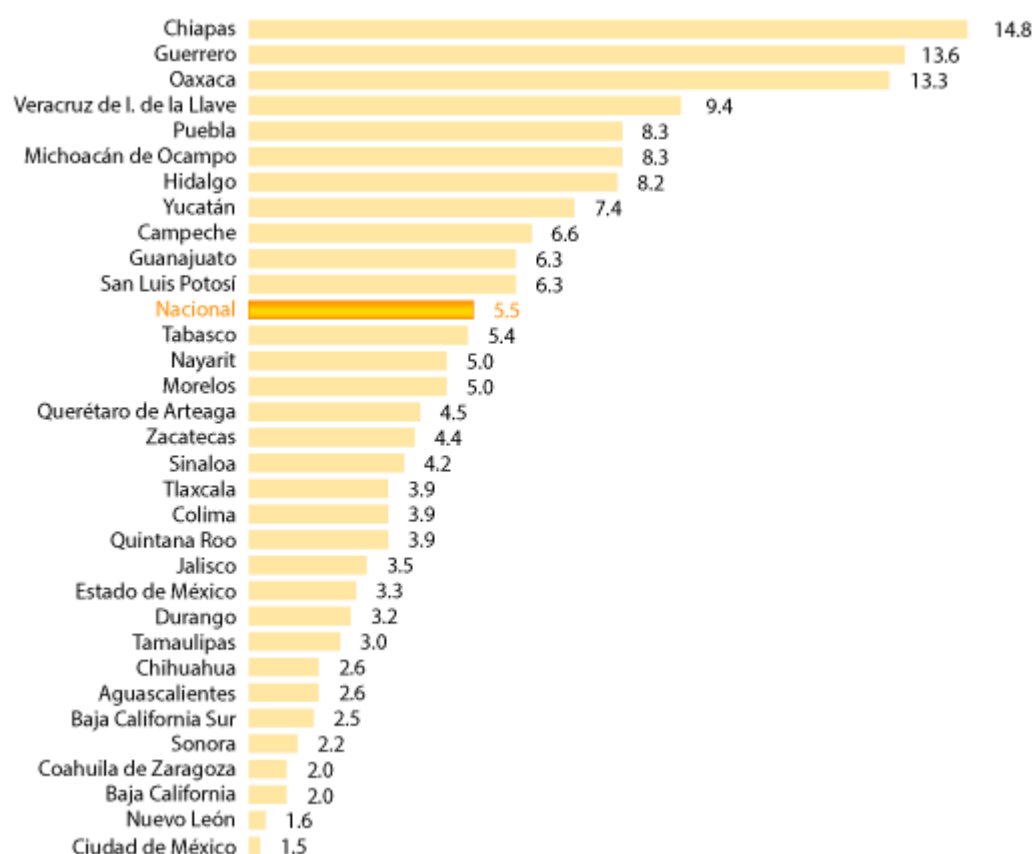
ARTÍCULO 21.- La ignorancia de las Leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la Ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de Leyes que afecten directamente al interés público.

De lo que se colige la obligatoriedad y debido cumplimiento de los derechos humanos del niño por parte de los padres, no obstante una situación de ignorancia, no siendo una eximente o disculpa válida para desatender al niño y dejarlo en un estado de abandono familiar. La ignorancia estimada en México por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía es de cerca de cuatro millones setecientos cuarenta y nueve mil cincuenta y siete personas que no saben leer y escribir⁴⁹⁰. Baja California se encuentra en el lugar número 30 de la media nacional con un dos por ciento de la media nacional, como lo muestra el siguiente gráfico aportado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía⁴⁹¹:

⁴⁸⁹ <https://www.aciprensa.com/Familia/ignorancia.htm> (Consultada el día 11 de septiembre de 2016).

⁴⁹⁰ <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P> (Consultada el día 11 de septiembre de 2016).

⁴⁹¹ <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P%20en%20baja%20california> (Consultada el día 11 de septiembre de 2016).



El factor social denominado falta de oportunidades laborales lo debemos entender como la ausencia de lugares o plazas para trabajar o desempeñar una actividad económica. Sus principales causas son una inestabilidad política y económica del país, con carencias en educación formal, falta de inversiones públicas y privadas, mala planeación financiera y estratégica, fuga de capitales, cierre de empresas, entre otras causas que redundan en la falta de empleos dignos y bien remunerados. Ahora bien, ¿Qué tiene que ver la falta de oportunidades laborales con el abandono familiar? Como se ha dirigido el estudio de esta investigación, la falta de empleos redundan en pobreza, migración, ausencia de recursos económicos indispensables para vivir en un estado de bienestar. Luego entonces, el desempleo del padre o de los padres puede condicionar un estado permanente de incumplimiento de las obligaciones parentales tales como otorgar el debido alimento, vivienda, educación y cuidado del niño. Inclusive el desempleo prolongado puede ocasionar en el padre que lo padece un estado de

alteración psicológico⁴⁹² y, resultar en un abandono del niño, por no contar aquel con los recursos necesarios para vivir en un estado de bienestar adecuado. También puede generar actos de violencia y deterioro de las relaciones parentales, así como el caso de migración del padre a otros lugares en busca de empleo, con el consecuente abandono familiar.

La economía nacional es un factor importante para el desarrollo económico del país y de la población en general; por ello, el Gobierno procura la estabilidad macroeconómica mediante el manejo responsable de la política económica, así como la gobernabilidad democrática, que garantiza el estado de derecho⁴⁹³, para generar oportunidades laborales. De este modo, el abandono familiar es ocasionado por multifactores que se representan por la pobreza, ignorancia y falta de oportunidades laborales, así como por los descuidos intencionales y negligentes de los padres, que redundan en el incumplimiento de las obligaciones parentales y que por ende, no son excluyentes de las mismas.

4.4.- Acciones de gobierno. Facultades y competencias de las instancias de gobierno

¿Qué facultades institucionales operan las instituciones públicas encargada de la salvaguarda y protección de los derechos humanos del niño abandonado por sus padres?

El Gobierno como órgano garante del estado de derecho, cuenta con instancias, facultades, recursos, estrategias y políticas para atender situaciones de abandono de menores por sus padres, así como una importante participación del sector social y privado.

⁴⁹² <http://www.diariopresente.com.mx/section/acervo/68032/falta-empleo-sus-consecuencias/> (Consultado el día 11 de septiembre de 2016).

⁴⁹³ Plan Nacional de Desarrollo 2013 – 2018 (Consultado el día 11 de septiembre de 2016).

El Plan Nacional de Desarrollo 2013 – 2018, en el Objetivo 1.5. Establece: Garantizar el respeto y protección de los derechos humanos y la erradicación de la discriminación, de la estrategia 1.5.2. Hacer frente a la violencia contra los niños, niñas y adolescentes en todas sus formas, sobre la base de una coordinación eficiente que asegure la participación de todos los sectores responsables de su prevención, atención, monitoreo y evaluación, estableciendo como líneas de acción:

Prohibir y sancionar efectivamente todas las formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes, así como asegurar que los niños y niñas que la han sufrido no sean re-victimizados en el marco de los procesos de justicia y atención institucional.

Priorizar la prevención de la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, abordando sus causas subyacentes y factores de riesgo integralmente.

Crear sistemas de denuncia accesibles y adecuados para que los niños, niñas y adolescentes, sus representantes u otras personas, denuncien de manera segura y confidencial toda forma de violencia.

Promover la recopilación de datos de todas las formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes, que asegure un monitoreo, evaluación y retroalimentación sistemática⁴⁹⁴.

Líneas de acción gubernamental dirigidas a prohibir y sancionar las prácticas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes, priorizando la prevención de la violencia, abordando sus causas y factores de riesgo. Creando sistemas de denuncia accesibles y adecuados para que los niños, niñas y adolescentes, sus representantes u otras personas, denuncien de manera segura y confidencial toda forma de violencia.

⁴⁹⁴ Plan Nacional de Desarrollo 2013 – 2018. P. 111. (Consultado el día 11 de septiembre de 2016).

Por su parte, el Plan Estatal de Desarrollo 2014 – 2019, del Estado de Baja California, en el Eje 1, Desarrollo Humano y Sociedad Equitativa, en los objetivos 1.2. y 1.3., determina:

1.2. Bienestar Integral de la Familia, 1.2.2. Formación de madres y padres de familia, estrategias a seguir:

Crear un programa de atención a las familias, que proporcione herramientas, técnicas e información para la formación de los hijos. Contar con una sociedad de niños y jóvenes sensibilizados y educados en los temas de sexualidad responsable y plan de vida.

Impulsar la educación cívica de niños y jóvenes, los valores morales en la familia, la escuela y la comunidad, así como la cultura participativa de los ciudadanos.

Desarrollar a madres y padres de familia con herramientas que coadyuven en la educación de los hijos.

1.3. Integración y Seguridad de Menores. 1.3.1 Procuración y salvaguarda de la integración del menor, tiene como estrategia:

Fortalecer la coordinación entre las dependencias involucradas en la canalización de los menores para que sólo a aquéllos en situación de vulnerabilidad ingresen a los albergues temporales para su atención jurídica, psicológica, médica y social, y

Brindar atención jurídica, psicológica y médica a menores en situación de vulnerabilidad⁴⁹⁵.

Ahora bien, como instancias gubernamentales del Estado de Baja California y del municipio de Mexicali que les corresponde atender temas en relación al niño, la violación de sus derechos y la restitución integral de estos, son:

⁴⁹⁵ Plan Estatal de Desarrollo 2014 – 2019, del Estado de Baja California. Pp. 185 – 188. (Consultado el día 11 de septiembre de 2016).

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF),

La Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, a través de la Subprocuraduría para la Defensa de los Menores y la Familia, en Mexicali.

Para el caso de delitos cometidos en contra de menores se encuentra la Procuraduría General de Justicia del Estado de Baja California.

En el Municipio de Mexicali, la instancia encargada de la salvaguarda y prevención de delitos o infracciones en contra de menores es la Dirección de Seguridad Pública Municipal, a través de la Unidad Contra la Violencia Intrafamiliar.

Veamos ahora las facultades y atribuciones de cada una de las instancias gubernamentales:

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), se fundamenta en la Ley de Asistencia Social para el Estado de Baja California⁴⁹⁶, que dispone la creación del DIF Estatal y los DIF Municipales, con las siguientes facultades o funciones:

ARTÍCULO 17.- El DIF Estatal, para el logro de sus objetivos realizará las siguientes funciones:

I.- Promover y prestar servicios de asistencia social;

II.- Apoyar al desarrollo integral de la familia, de la comunidad y los grupos vulnerables;

III.- Realizar acciones de apoyo educativo, y de capacitación para el trabajo, para lograr la integración familiar y social de las personas sujetas a la asistencia social;

⁴⁹⁶ Ley publicada en el Periódico Oficial del Estado de fecha 25 de octubre de 2002.

IV.- Promover e impulsar el sano desarrollo físico, mental y social de la niñez⁴⁹⁷;

V.- Administrar el patrimonio de la asistencia social pública y realizar las funciones relacionadas con la misma; así como proponer programas de asistencia social que contribuyan al uso eficiente de los bienes que lo componen;

VI.- Fomentar y apoyar las actividades que realicen las Instituciones de asistencia o asociaciones civiles y todo tipo de entidades privadas cuyo objeto sea la prestación de servicios de asistencia social, sin perjuicio de las atribuciones que al efecto correspondan a otras dependencias;

VII.- Emitir opinión sobre el otorgamiento de subsidios a Instituciones públicas o privadas que actúen en el campo de la asistencia social en los términos previstos por la Ley de Fomento a las Actividades de Bienestar y Desarrollo Social para el Estado;

VIII.- Operar establecimientos de asistencia social en beneficio de personas menores de dieciocho años de edad en estado de abandono, personas que no tengan la capacidad para comprender el significado del hecho, adultos mayores de sesenta años de edad desamparados y de personas con capacidades diferentes sin recursos;

IX.- Realizar estudios e investigaciones sobre asistencia social, con la participación en su caso de las autoridades asistenciales del Poder Ejecutivo del Estado y de los municipios;

X.- Realizar y promover la capacitación de recursos humanos para la asistencia social;

XI.- Prestar servicios de asistencia jurídica y de orientación social a personas menores de dieciocho años de edad, personas que no tengan la capacidad para comprender el significado del hecho, adultos mayores de sesenta años de edad, personas con capacidades diferentes que por sus condiciones de necesidad lo requieran⁴⁹⁸;

XII.- Apoyar el ejercicio de la tutela de los incapaces, que corresponda al Estado, en los términos de la Ley respectiva;

⁴⁹⁷ Lo subrayado es propio para destacar la función en favor de la niñez.

⁴⁹⁸ Ibídem.

XIII.- Poner a disposición del Ministerio Público los elementos a su alcance en la protección de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tengan la capacidad para comprender el significado del hecho y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten, de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes;

XIV.- Participar en programas de rehabilitación y educación especial, en coordinación con la Secretaría de Salud del Estado;

XV.- Proponer a las autoridades correspondientes la adaptación o readaptación del espacio urbano que fuere necesario para satisfacer los requerimientos de autonomía de las personas con capacidades diferentes.

XVI.- Elaborar y proponer a la Junta de Gobierno los reglamentos que se requieran en la materia observando su estricto cumplimiento;

XVII.- Las demás que establezcan las disposiciones aplicables en la materia.

Cúmulo de funciones o facultades del DIF que salvaguardan la atención, a través de la promoción e impulso del sano desarrollo físico, mental y social del niño en íntima relación con los derechos fundamentales de estos y su garantía al mínimo vital traducido en los derechos humanos a pertenecer y tener una familia.

La Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia⁴⁹⁹, a través de la Subprocuraduría para la Defensa de los Menores y la Familia, en Mexicali⁵⁰⁰, cuenta con las siguientes atribuciones:

Artículo 112. La Procuraduría de Protección tendrá las atribuciones que señale su ley orgánica y las siguientes:

⁴⁹⁹ Conforme al segundo transitorio de la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California, publicada en el Periódico Oficial del Estado el día 17 de abril del 2015, la denominación correspondiente es Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado.

⁵⁰⁰ Artículo 108. La Procuraduría de Protección de Niñas, Niños, Adolescentes del Estado es el órgano especializado del Sistema, dotado de autonomía técnica y operativa, con funciones de autoridad administrativa, que tiene por objeto la protección integral de niñas, niños y adolescentes, así como la defensa y fortalecimiento de la familia.

I. Procurar la protección integral de niñas, niños y adolescentes que prevé la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales, esta Ley y demás disposiciones aplicables. Dicha protección integral deberá abarcar, por lo menos: a) Atención médica y psicológica; b) Seguimiento a las actividades académicas y entorno social y cultural, y c) La inclusión, en su caso, de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes en las medidas de rehabilitación y asistencia;

II. Prestar asesoría y representación en suplencia a niñas, niños y adolescentes involucrados en procedimientos judiciales o administrativos, sin perjuicio de las atribuciones que le correspondan al Ministerio Público, así como intervenir oficiosamente, con representación coadyuvante, en todos los procedimientos jurisdiccionales y administrativos en que participen niñas, niños y adolescentes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General, esta Ley y demás disposiciones aplicables;

III. Coordinar la ejecución y dar seguimiento a las medidas de protección para la restitución integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a fin de que las instituciones competentes actúen de manera oportuna y articulada;

IV. Fungir como conciliador y mediador en casos de conflicto familiar, cuando los derechos de niñas, niños y adolescentes hayan sido restringidos o vulnerados, conforme al procedimiento previsto en la ley aplicable. La conciliación no procederá en casos de violencia;

V. Realizar las indagatorias para dar seguimiento a las denuncias recibidas respecto de todo tipo de situaciones que pongan en estado de vulnerabilidad a niñas, niños y adolescentes;

VI. Fomentar la creación de brigadas para la detección y prevención de casos de restricción y vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes;

VII. Denunciar ante el Ministerio Público aquellos hechos que se presuman constitutivos de delito en contra de niñas, niños y adolescentes;

VIII. Solicitar al Ministerio Público competente la imposición de medidas urgentes de protección especial idóneas, cuando exista un

riesgo inminente contra la vida, integridad o libertad de niñas, niños y adolescentes, quien deberá decretarlas a más tardar, durante las siguientes 3 horas a la recepción de la solicitud, dando aviso de inmediato a la autoridad jurisdiccional competente. Son medidas urgentes de protección especial en relación con niñas, niños y adolescentes, además de las establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, las siguientes: a) El ingreso de una niña, niño o adolescente a un centro de asistencia social, y b) La atención médica inmediata por parte de alguna institución del Sistema Nacional de Salud. Dentro de las 24 horas siguientes a la imposición de la medida urgente de protección, el órgano jurisdiccional competente deberá pronunciarse sobre la cancelación, ratificación o modificación de la medida que se encuentre vigente; decretando en su caso, la custodia provisional a favor de la Procuraduría de Protección.

IX. Ordenar, fundada y motivadamente, bajo su más estricta responsabilidad, la aplicación de medidas urgentes de protección especial establecidas en la fracción anterior, cuando exista riesgo inminente contra la vida, integridad o libertad de niñas, niños o adolescentes, dando aviso de inmediato al ministerio público y a la autoridad jurisdiccional competente. Dentro de las 24 horas siguientes a la imposición de la medida urgente de protección el órgano jurisdiccional competente deberá pronunciarse sobre la cancelación, ratificación o modificación de la medida que se encuentre vigente, decretando en su caso, la custodia provisional a favor de la Procuraduría de Protección. Para la imposición de las medidas urgentes de protección, el Procurador podrá solicitar el auxilio de las instituciones policiales competentes. En caso de incumplimiento de las medidas urgentes de protección, el Procurador podrá solicitar la imposición de las medidas de apremio correspondientes a la autoridad competente;

X. Promover la participación de los sectores público, social y privado en la planificación y ejecución de acciones a favor de la atención, defensa y protección de niñas, niños y adolescentes;

XI. Asesorar a las autoridades competentes y a los sectores público, social y privado en el cumplimiento del marco normativo relativo a la protección de niñas, niños y adolescentes, conforme a las disposiciones aplicables;

XII. Desarrollar los lineamientos y procedimientos a los que se sujetarán para la restitución de los derechos de niñas, niños y adolescentes;

XIII. Coadyuvar con el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y el Sistema en la elaboración de los lineamientos y procedimientos para registrar, capacitar, evaluar y certificar a las familias que resulten idóneas, considerando los requisitos señalados para el acogimiento pre-adoptivo, así como para emitir los certificados de idoneidad;

XIV. Proporcionar información para integrar y sistematizar el Registro Nacional de Centros de Asistencia Social;

XV. Supervisar el debido funcionamiento de los Centros de Asistencia Social y, en su caso, ejercer las acciones legales que correspondan por el incumplimiento de los requisitos que establece la Ley General, la presente Ley, la Ley y demás disposiciones aplicables;

XVI. Supervisar la ejecución de las medidas especiales de protección de niñas, niños y adolescentes que hayan sido separados de su familia de origen por resolución judicial;

XVII. Realizar y promover estudios e investigaciones para fortalecer las acciones a favor de la atención, defensa y protección de niñas, niños y adolescentes, con el fin de difundirlos entre las autoridades competentes y los sectores público, social y privado para su incorporación en los programas respectivos, y

XVIII. Las demás que le confiera esta Ley y otras disposiciones aplicables

De lo que se desprende que la Subprocuraduría para la Defensa de los Menores y la Familia, en Mexicali, debe atender los diversos problemas que se presentan al interior de la familia y de sus integrantes, en particular la salvaguarda de los derechos de los menores y la restitución inmediata de los derechos de este que se encuentren vulnerados o peligro. Los diversos servicios que presta van en atención a asesoría jurídica y psicológica, trabajo social, solicitud de adopciones, orientación y canalización a las dependencias de los tres órdenes de gobierno, así como la recepción

de denuncias de menores en situación de riesgo, para garantizar y proteger los derechos humanos anunciados en esta investigación doctoral.

La Procuraduría General de Justicia del Estado de Baja California⁵⁰¹, es la instancia estatal encargada de la persecución de los delitos a través de los diversos servicios que presta, procurando en el marco de la legalidad que la autoridad jurisdiccional aplique el castigo o penalidad correspondiente.

Instancia que procura reprimir o castigar conductas que atenten contra los derechos de los niños o de la familia, tales como: incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, sustracción de menores o incapaces, tráfico de menores, delitos contra la filiación y el estado civil, violencia familiar que atentan contra la estabilidad de la familia y de sus integrantes, siendo obvio que el Estado tiene la obligación y la potestad de regular e inmiscuirse en la vida íntima de la familia cuando se generen conductas penales en perjuicio del niño, quedando reducida la esfera de inmunidad de los padres o de la sociedad en general con respecto a la vida y derechos de los niños.

La Dirección de Seguridad Pública Municipal de Mexicali⁵⁰², es la institución de prevención, promoción y salvaguarda de los servicios de seguridad pública municipal, a través de programas, acciones y políticas que tienen por objeto la prevención de delitos y faltas administrativas, por lo que se apoya en diversas instancias para el cumplimiento de sus atribuciones, entre ellas, la Unidad Contra la Violencia Intrafamiliar⁵⁰³.

⁵⁰¹ Conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Baja California publicada en el Periódico Oficial del Estado el día 13 de noviembre de 2009.

⁵⁰² Artículo 90 del Reglamento de la Administración Pública del Municipio de Mexicali, Baja California, publicado en el Periódico Oficial del Estado, de fecha 14 de diciembre de 2001.

⁵⁰³ Artículo 96 bis del Reglamento de la Administración Pública del Municipio de Mexicali, Baja California, publicado en el Periódico Oficial del Estado, de fecha 14 de diciembre de 2001.

La Unidad Contra la Violencia Intrafamiliar es la instancia encargada de asistir en primera instancia a las víctimas de violencia que se generen en el seno de la familia, con las siguientes atribuciones:

I.- Proporcionará la atención inmediata en aquellos casos que requieran la atención primaria en lo que se refiere a: 1.- Violencia entre cónyuges. 2.- Maltrato infantil, mujeres y ancianos. 3.- Abandono de infantes y ancianos. 4.- Abuso sexual.

II.- Promoverá programas de prevención tendientes a reducir los factores de riesgo que inciden en los delitos de violencia intrafamiliar.

III.- Coordinar esfuerzos con el Centro de Atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar de Mexicali, y con las organizaciones no gubernamentales dedicadas a atender estos rubros.

La intervención de la Unidad se desarrolla en dos tiempos: la atención inmediata de la víctima brindando diversos servicios de protección, salvaguarda, asesoría jurídica y psicológica y, un segundo tiempo, en la canalización del asunto a la autoridad investigadora de delitos para su prosecución correspondiente y en su caso, detención del presunto delincuente.

De lo que se colige que estas instancias de gobierno tienen la encomienda inicial de salvaguardar los derechos humanos del niño, debiendo procurar en todo tiempo sus mínimos vitales traducidos en el disfrute y goce de pertenecer y vivir en el seno de una familia garantizándoles sus diversos derechos a una vida adecuada, alimentación, habitación, vestido, salud, educación formal y obligatoria. Indiscutiblemente el Estado —en todas sus instancias competentes— tiene el deber de protección integral del niño conforme a programas, acciones y políticas de protección.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En esta investigación doctoral en relación a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes conforme al hecho ilícito del abandono familiar, que perjudica el derecho a pertenecer y vivir en familia, se demostró la situación prevalente del menor, debiéndose considerar a este como un sujeto de derechos con prerrogativas superiores a las de sus padres, custodios o cualquier individuo, inclusive de la sociedad y el Estado, debiéndosele garantizar el cúmulo de derechos humanos que se le reconocen como niño en su esfera jurídico personal y patrimonial, con base en lo que debe proveer una familia respecto de atenciones y apoyos necesarios para su bienestar. Derechos tales como el derecho a la vida, a la educación, a la alimentación adecuada, a la salud, a la identidad, a la libertad y a la protección, necesarios para la salvaguarda de su dignidad y desarrollo como persona, y por ende, de su derecho humano a vivir en el seno de una familia que le garantice plenamente su desarrollo y bienestar.

SEGUNDA.- Las niñas, niños y adolescentes por su condición humana son diferentes de los adultos, y diferentes entre sí; por esto, debemos considerarlos como incompetentes básicos, es decir, como sujetos menores que de acuerdo a su desarrollo humano merecen protección especial, dada su categoría diferenciada, que transita por diferentes etapas, desde el nacimiento, primera infancia, etapa preescolar, escolar, pubertad y adolescencia. Por lo que merecen un cúmulo de derechos de acuerdo a sus necesidades, que van cambiando conforme va creciendo y logrando su autonomía de persona.

TERCERA.- El término niño no tiene un concepto normativo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni en las leyes generales u ordinarias, o dispositivos internacionales, solo se considera una descripción normativa de acuerdo a la edad, como lo dispone la Convención sobre los derechos del niño, que establece en su dispositivo 1ro. que por niño debe entenderse todo ser humano menor de dieciocho

años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Así mismo, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece en su artículo 5 que “Son niñas y adolescente los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad”.

CUARTA.- La figura del niño desde el aspecto conceptual es muy reciente, generalmente se le confundía o más bien, se olvidó su regulación en el pasado, tal y como lo afirmó Farith Simon, “La construcción del sujeto niño como una categoría distinta y diferenciada de los adultos es reciente”, citado en la página 17 de esta investigación doctoral, quien además agregó, citando al historiador Philippe Aries que, “fue apenas en el siglo XVII que se construyó la categoría de infancia en el mundo occidental como lo conocemos en la actualidad”.

La construcción del concepto de niño, como lo establece la doctrina y el derecho, es reciente. Con el repaso histórico que describimos en la presente tesis doctoral, asentamos que desde la antigüedad hasta el siglo IV, prevaleció el infanticidio. El niño era solo objeto y sometido a la voluntad arbitraria del padre, quien decidía sobre su vida o su muerte, era un niño sin derecho. En los siglos IV- XIII, se justificó su abandono, una vez que se empezó a aceptar como poseedor de una alma. En ese periodo seguía prevaleciendo el abandono y el infanticidio sin ninguna consecuencia jurídica, social o religiosa. En los siglos XIV-XVII, se llega a la época de la ambivalencia, cuando se reconoce y nace la idea del afecto paterno –filial, con la tarea de educar o preparar al niño en un ambiente rígido-violento. En el siglo XVIII, surge la intrusión, donde los padres dominan no sólo el cuerpo sino la mente del niño a fin de controlar su interioridad y su conducta. Eran objeto de castigos corporales como azotes, encierros, maltratos con la finalidad de hacerlos obedecer con prontitud. En el siglo XIX y mediados de siglo XX, nace el periodo de la socialización, con el criterio de que la

atención de un hijo consistía en guiarlo, dando inicio un interés real por el niño como persona, por educarlo y hacerlo participe de su propia existencia. Ya a mediados del siglo XX, se desarrolla el método de ayuda con base en la idealización del niño, de su existencia, pertenencia y derechos propios, que salvaguardaban su situación de minoría, que es la razón toral de esta investigación y del desarrollo humanizado de la sociedad y el derecho.

QUINTA.- Los derechos de las niñas, niños y adolescentes se deben con independencia del tipo de familia al que pertenezcan, inclusive aunque no pertenezcan a algún tipo. La familia se considera como el centro de los derechos y de las obligaciones de sus componentes y puede ser de diferentes tipos, como se analizó en esta investigación doctoral, como son la familia nuclear, que es aquella constituida por parejas casadas o no casadas con hijos comunes, que viven en un mismo domicilio. La familia extensa que es donde conviven los ascendientes con descendientes de ulterior grado. La familia monoparental, que es aquella integrada por el progenitor biológico y sus hijos, que generalmente es la madre y su descendencia sin la presencia del padre y, la familia ensamblada que es aquella integrada por familias reconstruidas. Diversos tipos de familia que no obstante su constitución deben proveer lo diversos derechos humanos del niño, respetando el interés superior de este.

SEXTA.- Como se ha advertido, la situación del niño no había sido entendida como objetivo específico de intervención, sino hasta épocas recientes y, más aún, no se percibía en el sistema jurídico como un problema social, ya que se disimulaba o se velaba como un problema de tipo “privado” o “íntimo” dentro del seno de la familia, por lo que no se justificaba la intervención estatal, no obstante, que existiese violación a los derechos fundamentales del mismo. Luego entonces, en el pasado no se podía hablar de un interés del niño frente a los demás miembros de la familia o sociedad, sino al contrario, estos debían sumisión y respeto a los demás sin más condición. Ahora

bien, en tratándose de la familia y los niños, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha afirmado que: “trasciende la esfera privada e incide directamente en el funcionamiento de la sociedad, y por esa razón que el Estado, a través de diversas iniciativas, como la expedición de normas jurídicas, debe prevenir, sancionar y erradicar daño alguno al menor, procurando asistencia y protección al mismo (Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar, temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011, VIII.). Nace así el principio denominado del interés superior del niño y la necesidad política y social de ser protegido e incluso intervenido. Al respecto la tesis jurisprudencial de la Novena Época, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dispone que:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4º. 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, 6 y 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 aceptó 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 éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

(TA); 9ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 265

Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

De tal modo, el interés superior del niño debe entenderse como el máximo bienestar del mismo, debiendo ser protegido y gestionado por todas las autoridades ya sea legislativo, judicial y administrativo.

SÉPTIMA.- Los niños por su situación de vulnerabilidad tienen diversas necesidades básicas consideradas desde el aspecto físico-biológico, cognoscitivo, emocional y social. Diversas condiciones de vida que se integran por satisfactores que se deben colmar o atender para promover y otorgar en su persona y esfera jurídica un desarrollo integral de sus derechos. Estas obligaciones corresponden en primer lugar, a los padres, o al padre abandonador. Para mayor comprensión repito el cuadro orientador de Mónica González Contró, de los satisfactores básicos o necesidades secundarias, citado en la página 171 de esta investigación doctoral:

Salud física	Autonomía
-Alimentación adecuada -Vivienda adecuada -Vestido e higiene adecuados -Atención sanitaria -Sueño y descanso -Espacio exterior adecuado -Ejercicio físico -Protección de riesgos físicos	-Participación activa y normas estables -Vinculación afectiva primaria -Interacción con adultos -Interacción con iguales -Educación formal -Educación no formal -Juego y tiempo de ocio - Protección de riesgos psicológicos

Estas ideas de salud física y autonomía del niño en relación con la debida condición de vida del mismo, permite comprender tanto las necesidades de primer orden como de segundo orden o secundarias, además, de considerar a la infancia como una etapa

compleja en constante cambio y desarrollo. Necesidades que se deben por los padres de acuerdo a las diversas etapas: Recién nacido; primera infancia; etapa preescolar; etapa escolar; pubertad y adolescencia.

OCTAVA.- El concepto de abandono es la acción o efecto de abandonar o abandonarse. Abandono es entonces, el acto de dejar, descuidar o no atender algo que se debe. Luego entonces podemos caracterizar al abandono familiar como:

- Permitir que el niño presencie actos de violencia o maltrato severo entre los padres o adultos.
- Ignorar, insultar o amenazar al niño con violencia.
- No suministrarle al niño un ambiente seguro y de apoyo emocional por parte de los adultos.
- Mostrar descuido imprudente por el bienestar del niño.

Estos actos de abandono, originan en el niño, deficiencias de conducta, aprendizaje, déficit de atención e hiperactividad y otros relacionados con la adaptación, por lo que abandono del niño es aquel que estando en una familia, uno o dos de los padres lo abandonan.

NOVENA.- Los niños conforme a las normas internacionales, nacionales y locales poseen un cúmulo de derechos que deben prevalecer en su esfera jurídico personal y patrimonial, en una familia que les provea de las atenciones y apoyos necesarios para su bienestar. Con el bagaje jurídico estudiado se identificaron los derechos humanos y prioritarios del niño como son, el derecho a la vida, a la educación, a la alimentación adecuada, a la salud, a la identidad, a la libertad y a la protección, que incluye todos los aspectos que salvaguardan su dignidad y desarrollo como persona. Por ende, se trata de su derecho humano a vivir en el seno de una familia, que garantice a la niñez plenamente su desarrollo y bienestar.

La familia entonces tiene un papel fundamental en el desarrollo y cuidado del niño, como se describe en el artículo 22 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que tienen derecho a vivir en familia y, que inclusive la falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni causa para la pérdida de la patria potestad.

En general, el abandono familiar puede dar lugar a situaciones de riesgo como los actos de privación de la vida del niño, omisión de cuidado, maltrato infantil, abandono y carencia de atenciones, abuso sexual, que en definitiva son perjudiciales a su salud corporal y psicológica. Por esto, los padres o custodios en el seno de la familia deben atender y cubrir las necesidades específicas de salud física y de autonomía del niño; más aún, los padres conforme al caudal normativo internacional y nacional expuesto, carecen de una esfera de inmunidad en el seno de la familia.

DÉCIMA.- Las diversas obligaciones parentales que tienen los padres se traducen en una función *nutricia*, que de acuerdo al derecho civil estatal, comprenden los alimentos en general que consisten en la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Además, para los menores los gastos necesarios para la educación primaria y, para proporcionarle algún oficio, arte o profesión de acuerdo a sus circunstancias personales y por función *normativa* la complementación de la debida humanización y socialización del niño, para transmitirles las cualidades y condiciones necesarias que le permitan relacionarse con su entorno. Por lo tanto, la función *nutricia* y la función *normativa* en general vienen a integrar las obligaciones parentales que los padres tienen con respecto de los hijos como sujetos a derecho de protección, cuidado y establecimiento.

DÉCIMAPRIMERA.- Cabe apuntar y se concluye, que los padres deben las obligaciones parentales con independencia de circunstancias que graven u obstaculicen el cumplimiento de aquellas, es decir, no obstante que subsistan excepciones que

podrían justificar el abandono familiar como: padres incapaces por enfermedades psicológicas; padres incapacitados por generar actos de violencia hacia el menor; padres incapaces por drogadicción; padres en cumplimiento de una sentencia privativa de la libertad; padres migrantes o, el caso del divorcio de los padres.

DÉCIMASEGUNDA.- Las Naciones Unidas declaró “año internacional del niño”, de 1979, con lo que se llama la atención a nivel mundial sobre la situación de la infancia y la necesidad de reconocer y respetar sus derechos; asimismo, en ese año de 1979 comenzaron las tareas para redactar la Convención sobre los Derechos del Niño. A partir de esta Convención se abandona la teoría de la Situación Irregular y se inicia con la teoría de la Protección Integral, consistente en reconocer al niño como sujeto de derechos y no como objeto de protección, reconociéndole entre algunos derechos, el que el niño no debe ser 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, tal separación. Además, en caso de ordenarse la separación del niño de su familia, el Estado debe garantizar que el niño y sus padres separados mantengan relaciones personales y contacto directo a modo regular, salvo, el interés superior del niño que la convivencia le sea perjudicial. También bajo ningún pretexto el niño puede ser sujeto de intervenciones arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, o ataques a su honra o reputación, debiendo garantizarse por el Estado y el derecho las acciones para protegerlo contra estas injerencias. Así pues, el niño es considerado como sujeto de derechos y no sólo como objeto de protección, lo que implica que sus derechos y su dignidad deben ser garantizados y respetados, así como sus derechos humanos a tener y desarrollarse en una familia.

DÉCIMATERCERA.- El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, en México, sostiene que los niños, niñas y adolescentes forman el grupo más vulnerable

de sufrir carencias y privaciones en sus derechos básicos como alimentación, salud, vivienda, educación, entre otros y por ende, pueden estar en una situación de riesgo constante. El informe de este organismo internacional analizado en la presente investigación doctoral, advierte que los niños que viven en zonas rurales enfrentan más dificultades o desventajas que los niños que viven en las ciudades, siendo los niños indígenas los más afectados o vulnerables. Se parte de que la vulnerabilidad el estado relacional donde el sujeto es puesto por una condición social de minusvalía a un tratamiento diferenciado; por lo que tratándose de niñas, niños y adolescentes en relación con la vulnerabilidad, son o pueden ser sujetos de afectación en su persona o esfera patrimonial por quienes se relacionan jurídico-familiarmente con ellos.

DÉCIMACUARTA.- La violación de los derechos humanos del niño, mediante el hecho ilícito del abandono familiar, generara sin lugar a dudas, como se ha demostrado en esta investigación doctoral, afectaciones en el mismo que trascenderán necesariamente en su vida futura y adulta, trayendo por consiguiente una ruptura del tejido social y de sus instituciones, al originarse daños en el desarrollo del niño y la persona adulta.

Se considera por lo tanto a las niñas, niños y adolescentes como víctimas en términos de la Ley General de Víctimas, por lo que son acreedores a la protección integral de las diversas instituciones y procedimientos que se deben para reparar la violación del derecho humano violado.

PROPUESTAS

PRIMERA.- Se propone analizar de manera constante y sistemática la creación y reformas a la normatividad en relación al tema de la niñez, tanto las de carácter nacional, como local, con la finalidad de adecuarlas a la realidad social, sobre todo el

Código Civil para el Estado de Baja California en relación a las obligaciones parentales de los padres custodios y no custodios respecto de los derechos humanos de los niños que sirvan de base para procurarles condiciones de vida adecuadas, de acuerdo a las necesidades nutricias de estos.

SEGUNDA.- No obstante la existencia de instituciones nacionales y estatales que protegen y regulan mediante políticas y programas los derechos de la niñez, se propone la creación de un Instituto Nacional de Bienestar Familiar, con efectos vinculativos de promoción, difusión y seguimiento de los derechos de la infancia. Asimismo, que se establezca un registro nacional de información que resguarde y actualice datos de las familias y de los niños, donde se establezca el cumplimiento o incumplimiento de los derechos humanos en favor del niño, expidiéndose certificados de acreedores alimentarios que sirva como requisitos de procedibilidad para acceder a diversos servicios públicos como beneficios sociales de apoyos ya sea para recursos alimentarios, vivienda, tramitación de documentos, para conectar el cumplimiento con derechos públicos de los adultos, inclusive cancelándose o restringiéndose servicios como del Infonavit, Seguro Social, Seguro Popular, servicios del ISSSTE, entre otros.

TERCERA.- Se propone hacer público los casos de abandono familiar con nombre y apellido de los padres según las circunstancias especiales del caso, que sirva como buró de crédito con instituciones bancarias y privadas que prestan servicios y bienes de consumo, para forzar una cultura de respeto irrestricto –primero- de los derechos humanos del niño, en atención al principio del interés superior del niño y, no quede solo como una declaración de buenas intenciones de los deudores alimentarios. En adición, debe crearse un registro de carácter nacional de padres sentenciados por un Juez por pérdida de la patria potestad o por delitos contra los niños, con los mismos efectos vinculativos.

CUARTA.- Se hace necesario desarrollar de manera puntual programas comunitarios, como visitas domiciliarias por parte del Estado, para garantizar el cumplimiento oportuno del respeto de los derechos humanos del niño, como una prioridad estatal y social, es decir, crear una cultura de la prevalencia del niño frente a los derechos de los padres.

QUINTA.- Dado que el interés prevalente del niño es superior a cualquier adulto o institución, castigar a cualquier tercero, que de alguna manera tenga o pudo tener información de maltrato o abandono del niño, cuando se abstenga de denunciar ante las instancias correspondientes la posible comisión de abandono o delitos cometido en contra del mismo. Esto para romper con la práctica social de “él es el padre, yo que puedo hacer”, y convertir el ejercicio de los derechos humanos del niño, en un interés de todos, como lo establece el artículo 10 de la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California.

SEXTA.- Por último, ajustar el cambio de denominación de la *Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia de Baja California*, por la denominación *Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado*, para adecuarlo al artículo segundo transitorio de la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California, publicada en el Periódico Oficial del Estado el día 17 de abril del 2015.

Fuentes de información

Referencias bibliográficas

Abascal C. Salvador y otros, *Los Derechos Humanos al alcance de todos*, México, Ed. Diana, tercera edición, 2000.

Álvarez Ledesma, Mario I, *Teoría del Derecho*, México, Ed. Mc Graw Hill, 2011.

—, *Introducción al Derecho*, México, Ed. Mc Graw Hill, 2005.

—, *Acerca del Concepto Derechos Humanos*, México, Ed. Mc Graw Hill, 1999.

Anda Gutiérrez, Cuauhtémoc, *Introducción a las Ciencias Sociales*, México, Ed. Limusa, 2003.

Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Ed. Oxford, 2012.

—, *Derecho de Familia*, México, Ed. Oxford, 2005.

Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el Sistema Interamericano*, Argentina, Ed. Del Puerto, 2004.

Bernal Beatriz, Ledesma José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (desde los orígenes hasta la alta edad media)*, México, Ed. Porrúa, 2011.

Brom, Juan, *Esbozo de Historia de México*, México, Ed. Grijalbo, 2001.

Burrue Huerta, Leopoldo, *Principios Constitucionales, desde la Constitución Mexicana hasta la Corte*, México, Ed. Porrúa, 2013.

Calvo Blanco, Elena, *Compilación de los Derechos del Nino*, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1998.

Calvo García, Manuel, *Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de medidas y protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Zaragoza, España, trabajo 17, 2006.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Ed. Porrúa, 2011.

—, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Ed. Porrúa, 2005.

Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011.

Carrillo Mayorga, José, *Metodología de la Investigación jurídica*, México, Ed. Flores, 2016.

Castañeda Rivas, María Leoba, *El derecho Civil en México*, dos siglos de historia, México, Ed. Porrúa, 2013.

Chávez Asencio, Manuel F, *Contratos y Convenios familiares*, Ed. Porrúa, México, 2011.

— y Hernández Barros, Julio A, *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana*, México, Ed. Porrúa, 2003.

—, *La familia en el derecho; derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, Ed. Porrúa, México, 1984.

Cicu Antonio, *El derecho de familia*, traducción de Santiago Sentis Meleno, Ed. Elviar, Argentina, 1947.

Cillero Bruñol, Miguel. *El interés superior del niño en el Marco de la Convención de los Derechos del Niño, en infancia, ley y democracia en américa latina*, García Méndez, Emilio, Belfoff, Mary, Compiladores, Ed. Temis, Bogotá, 1998.

Díaz Guerrero, R, *Psicología del mexicano*, Descubrimiento de la *etnopsicología*, México, Trillas, 2003.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil, parte general, Personas, Cosas, Negocio jurídico e invalidez*, México, Ed. Porrúa, 1990.

Echarte Leliú, Ana María, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, España, Ed. Comares, 2000.

Espinosa, María Ángeles, *Proyecto docente en necesidades y derechos de la infancia y la adolescencia*, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2000.

Fanlo, Isabel, *Derechos de los Niños. Una Contribución teórica*, México, Ed. Fontamara, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, le ley del más débil*, España, Ed. Trotta, 2010, traducción al castellano por Perfecto Andrés Ibáñez.

Ferrer Mac- Gregor, Eduardo y otros, *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo I.

Figueroa Erazo, Deysi Miriam, *Psicología de la Adolescencia. Desarrollo del Programa Oficial de 2do año de Bachillerato I*, México, Ed. Figueroa, 1999.

Galicia García, Olga Leticia, *La evaluación psicológica forense en juicios familiares*, en García López, Erik (Director), *Fundamentos de Psicología jurídica y forense*, México, Ed. Oxford, 2010.

Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, México, Ed. Porrúa, 2003.

García de Ghiglino, Silvia S. y Acquaviva, María Alejandra, *Protección contra la violencia familiar*, Argentina, Ed. Hammulabi, 2010.

García Méndez, Emilio, *Infancia y Adolescencia. De los Derechos y de la justicia*, México, Ed. Fontamara, 2007.

González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.

González, Juan Antonio, *Derecho de Familia*, México, Ed. Porrúa, 2000.

Güitrón Fuentevilla, Julián, *Tratado de derecho civil*, México, Ed. Porrúa, 2014.

Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, México, Ed. Porrúa, 2011.

Hernández Pradas, Sonia, *El Niño en los conflictos armados: marco jurídico para su protección internacional*, Cruz Roja Española, Valencia, 2001.

Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, Ed. Ubijus, 2011.

Jiménez García, Joel Francisco, *El derecho del menor*, UNAM - Instituto de investigaciones Jurídicas, México, 2012.

—, *Derechos de los niños*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2000.

León Bastos, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, España, Ed. Reus, 2010.

Lionetti, Lucía y Míguez, Daniel (comps.) *Las Infancias en la Historia Argentina. Intersecciones entre Prácticas, Discursos e Instituciones (1880-1960)*, Pro historia, Rosario, 2010, pp. 71-93.

López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, México, Ed. Porrúa, 2005.

López Félix, *Necesidades de la infancia y protección infantil*, Madrid, España, Ministerio de Asuntos Sociales, 1995.

Maluf, Marcia, *Por su propio bien: investigación sobre las causas, formas y consecuencias del maltrato infantil*, Perú, Ed. Iberia, 2000.

Núñez Pilar, Trinidad, ¿Que es un niño? Una visión desde el derecho internacional público, *Revista Española de Educación comparada*, número 9, 2003.

Ochaíta, Esperanza, *Proyecto docente en necesidades y derechos de la infancia y la adolescencia*, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2000.

Ortiz de Rozas, Abel Fleitas, Roveda, Eduardo G, *Manual de Derecho de Familia*, Argentina, Ed. Abeledo perrot, 2009.

Paños Pérez, Alba, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, España, Ed. Atelier, 2010.

Peces-Barba, Gregorio, *Derechos Fundamentales, Teoría General*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1973.

Pérez Adán, José, *Diez temas de sociología. Vivir una sociedad familiar y humana*, España, Ed. Eiunsa, 2001.

Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Ed. Nostra, 2010.

Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, *Análisis comparativo de la legislación local e internacional relativo a la mujer y a la niñez*, editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1997.

Petit, Eugene, *Derecho Romano*, México, Ed. Porrúa, 1993.

Pliego Carrasco, Fernando, *Las Familias en México. Estructuras de organización, proceso de cambio 2000-2010 y consecuencias en el bienestar de niños y adultos*, México, Ed. Porrúa, 2014.

Quintanilla García, Miguel Ángel, *Lecciones de Derecho Familiar*, México, Ed. Cárdenas, 2003.

Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro De Jesús, *Derechos Humanos*, México, Ed. Oxford, 2011.

Recasens Siches, Luis, *Sociología*, México, Ed. Porrúa, 2008.

Rodríguez, Sonia. *La protección de los Menores en el Derecho Internacional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 322, México, 2006.

Robles Farías, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Ed. Oxford, 2011.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Introducción, personas y familia*, México, Ed. Porrúa, 2005.

—, *Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones*, México, Ed. Porrúa, 2004.

Ruiz-Giménez, Joaquín, *La Convención de los Derechos del Niño, hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza), La Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca, 1996.

Safer Espinoza, Laura, *Reflexiones sobre la Justicia de Menores, publicado en las memorias del Diplomado “Estado de Derecho y Reformas a la Justicia”*, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

Simon, Farith, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo II, 2009.

—, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo I, 2008.

Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Ed. Beilis, 2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar, temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011.

Tenorio Godínez, Lázaro, *La violencia familiar en la legislación civil mexicana*, México, Ed. Porrúa, 2007.

—, *La suplencia en el derecho procesal familiar*, México, Porrúa, 2006.

Vargas Núñez, Blanca Inés y otros, Coordinadores: *Violencia Domestica: ¿Victimas, victimarios/as o cómplices?* Pozos Gutiérrez, José Luis y otros, *Violencia en la infancia*, Ed. Porrúa, México, 2008

Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Ed. Oxford, 2008.

Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2002.

Referencias electrónicas

Biblio.juridicas.unam.mx. p.1, de la Universidad Nacional Autónoma de México (Consultado el día 20 de agosto del 2015).

Chávez Asencio, Manuel F., *La familia y los derechos humanos*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr10.pdf> (Consultado el día 22 de octubre de 2015).

Diccionario de la Lengua Española (<http://lema.rae.es/drae/?val=vulnerable>), consultado el día 12 de noviembre de 2014.

Diccionario medico: <http://www.diccionariomedico.net/diccionario-terminos/5342-nino> (consultado el día 28 de noviembre del 2014).

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/116/23.pdf> (Consultado el día 11 de julio del 2016).

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/364/29.pdf>. (Consulta del día 28 de noviembre de 2014).

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/364/6.pdf> (Consulta del día 28 de noviembre de 2014).

<http://biology.kenyon.edu/slonc/span-med/mental/mentales.htm> (Consultado el día 06 de julio de 2016).

<http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P> (Consultada el día 11 de septiembre de 2016).

<http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P%20en%20baja%20california> (Consultada el día 11 de septiembre de 2016).

<http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/bc/poblacion/> (Consultado el día 16 de julio de 2016).

<http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/bc/poblacion/vivienda.aspx?tema=me&e=02> Consultado el día 16 de julio de 2016).

<http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P>. (Consultado el día 14 de octubre de 2015).

<http://definicion.de/pobreza/> (Consultado el día 07 de septiembre de 2016).

<http://dle.rae.es/?id=023UD0Z> (Consultado el día 16 de mayo de 2016).

<http://dle.rae.es/?id=PE38JXc> (Consultado el día 08 de julio de 2016).

<http://es.slideshare.net/ArZoola/problemas-de-migracin> (Consultado el día 13 de julio de 2016).

<http://es.slideshare.net/saamm/john-bowlby-1-14113249>, 1951 – Maternal care and mental health, New York: OMS, p. 57 (consultado el día 17 de mayo de 2015).

http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Trata.pdf.Protección especial y derechos de niñas, niños y adolescentes. Marco conceptual para la definición de políticas de Protección Especial. UNICEF. (Consultado el día 29 de Julio de 2015).

<http://lema.rae.es/drae/?val=educacion> (Consultada el día 14 de octubre de 2015).

<http://biology.kenyon.edu/slonc/span-med/mental/mentales.htm> (Consultado el día 06 de julio de 2016).

<http://oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf> (Consultada el día 26 de marzo de 2016).

<http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf> (Consultado el día 26 de marzo de 2016).

http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=32399&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Consultada el día 29 de marzo de 2016).

<https://www.aciprensa.com/Familia/ignorancia.htm> (Consultada el día 11 de septiembre de 2016).

<https://www.aciprensa.com/recursos/que-es-la-drogadiccion-2426/> (Consultado el día 08 de julio de 2016).

<http://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx> (Consultado el día 07 de septiembre de 2016).

<http://www.copladebc.gob.mx/seis/pdf/apuntePoblacionBCyMunicipiosEne14.pdf> (Consultado el día 16 de julio de 2016).

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf (Consulta el día 02 de mayo de 2015).

<http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/bc/poblacion/default.aspx?tema=me&e=02> (Consultada el día 16 de julio de 2016).

<http://www.diariopresente.com.mx/section/acervo/68032/falta-empleo-sus-consecuencias/> (Consultado el día 11 de septiembre de 2016).

<http://www.explorandomexico.com.mx/state/2/Baja-California/geography/> (El día 16 de julio de 2016).

<http://www.lacronica.com/> (Consultado el día de su circulación).

<http://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=39> (Consultado el día 26 de marzo de 2016).

<http://www.humanium.org/es/derechos/> (Consultado el día 14 de abril de 2016).

http://www.infoninez.mx/busqueda-por-temas/indigenas/item/oficina-de-defensoria-de-los-derechos-de-la-infancia-odi-ac?category_id=307 (Consultada el día 03 de mayo de 2015).

http://www.iin.oea.org/tabla_de_los_derechos_del_nino.htm (Consultado el día 26 de marzo de 2016).

<http://www.iin.oea.org/> (Consultado el día 31 de marzo de 2016).

<http://www.infodrogas.org/drogas/que-son-las-drogas?showall=1> (Consultado el día 08 de julio del 2016).

<http://www.nuestro-mexico.com/Baja-California/Mexicali/> Consultado el día 16 de julio de 2016).

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm (Consultada el día 30 de marzo de 2016).

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> (Consultada el día 30 de marzo de 2016).

http://www.oocities.org/marcelah_arg/qdroga.pdf (Consultado el día 08 de julio de 2016).

http://www.profesorenlinea.com.mx/Ciencias/Enfermedades_sicologicas.htm (Consultado el día 06 de julio de 2016).

http://www.pulevasalud.com/ps/subcategoria.jsp?ID_CATEGORIA=104357&RUTA=1-5-9-104357 (Consultado el día 15 de junio de 2016).

<http://www.rae.es/> (Consultado el día 15 de octubre de 2015).

<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae> (Consultado el día 22 de octubre de 2014).

<http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/documentos/CDM.htm> (Consultado el día 08 de julio de 2016).

https://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/3f9a47cc-efd9-4724-83e4-0bb4884af388/ley_general_educacion.pdf (Consulta el día 15 de octubre de 2015).

<https://www.todopapas.com/ninos/alimentacion-infantil/consecuencias-de-una-mala-nutricion-4796> (Consultado el día 06 de agosto de 2016).

<http://www.tiposdedrogas.net/> (El día 08 de julio de 2016).

<http://www.un.org/es/about-un/> (Consultado el día 26 de marzo de 2016).

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/47/237>(Consultado el día 29 de marzo de 2016).

<http://www.un.org/es/documents/udhr/> (consultado el día 26 de marzo de 2016).

<http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html> (Consultado el día 26 de marzo de 2016).

<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest2s.pdf> (consultado el día 22 de marzo de 2016). Unicef Innocenti Digest, p.4.

<http://www.unicef.org/mexico/spanish/17046.htm> (Fecha de consulta el día 20 de noviembre de 2014).

http://www.unicef.org/mexico/spanish/proteccion_6931.htm (Consultado el día 13 de julio de 2016).

<http://www.unicef.org> (Consultado el día 26 de marzo de 2016).

Niños de la calle, consúltese el “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre 1999 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cita en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf (Consultado el día 26 de mayo de 2016).

Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, de las Naciones Unidas.

www.cndh.org.mx/principal/document/derechos/fr_derech.htm (consultado el día 23 de marzo de 2016).

www.google.com.mx/?gws_rd=ssl#q=que+es+la+ignoracia (Consultado el día 07 de septiembre de 2016).

www.notinfancia.org.pe/online/2007/texto/Domay26.doc (Consultada el día 26 de mayo de 2016).

Referencias normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Ley de Migración.

Ley Federal del Trabajo.

Ley General de Educación.

Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Ley General de Prestación de Servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil.

Ley General de Salud.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Referencias normativas locales

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.

Código Civil para el Estado de Baja California.

Código Penal para el Estado de Baja California.

Ley de Asistencia Social para el Estado de Baja California.

Ley de Atención y prevención de la Violencia Familiar para el Estado de Baja California.

Ley de la Familia para el Estado de Baja California.

Ley de Seguridad Escolar del Estado de Baja California.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Baja California.

Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Baja California.

Reglamento de la Administración Pública del Municipio de Mexicali.

Referencia normativa internacional e interamericana

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración de los derechos del niño.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Convención sobre los derechos del niño.

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.

Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José Costa Rica).

Opinión consultiva OC – 17/2007, del 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño.

Diario Oficial de la Federación

Diario Oficial de la Federación del 29 de enero de 2016.

Diario Oficial de la Federación del 12 de diciembre de 2015.

Diario Oficial de la Federación del 03 de diciembre de 2014.

Diario Oficial de la Federación del 03 de octubre de 2014.

Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 2013.

Diario Oficial de la Federación del 09 de enero de 2013.

Diario Oficial de la Federación del 09 de febrero de 2012.

Diario Oficial de la Federación del 24 de octubre de 2011.

Diario Oficial de la Federación del 12 de octubre de 2011.

Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

Diario Oficial de la Federación del 06 de junio de 2011.

Diario Oficial de la Federación del 12 de diciembre de 2005.

Diario Oficial de la Federación del 07 de abril del 2000.

Diario Oficial de la Federación del 21 de octubre de 1990.

Diario Oficial de la Federación del 18 de marzo de 1980.

Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1974.

Referencias hemerográficas

Adroher Biosca, Salomé, Gómez Bengoechea, Blanca y Berastegui Pedro-Viejo, Ana. Dykinson, España, Revista: *Se busca familia para un niño. Perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad*, 2015.

Duarte – Duarte, Jakeline, Infancias contemporáneas, medios y autoridad. Revista latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2013.

Izquierdo Muciño, Martha Elba y Jaimes Fonseca, Adriana, en su publicación “Los niños y niñas. Un grupo vulnerable en México. <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2014.1790>, Revista sobre la Infancia y la Adolescencia, 6, 1-21, marzo 2014 (Consultado el día 22 de marzo de 2016).

Katiuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”, Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, Universidad de Cienfuegos número 6, junio 2012, p. 27-46, en línea <http://www.eumed.net/rev/rejie>.

Muñozcano Skidmore, *Marco teórico conceptual sobre menores vs niñas, niños y adolescentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, publicación electrónica, número 5, 2011, véase <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/8.Pdf>, p. 52.(Fecha de consulta: 27 de marzo de 2015).

Tirado Acero, Misael y Oliveros Ayala, César, *Los derechos de la niñez: el paradójico contraste entre validez y eficacia*, Revista IUSTA, Facultad de Derecho, de la Universidad Militar Nueva Granada, 2011.

Ponencias y ensayos científicos académicos

Calvo García, Manuel, *Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de medidas y protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Zaragoza, España, trabajo 17, 2006.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; citado en su conferencia denominada “La protección de la familia desde los derechos humanos”, dictada el día 7 de noviembre de 2014, en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California.

Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conferencia que tuvo lugar el día viernes 19 de agosto de 2011, en el Teatro Xicoténcatl, en la ciudad de Tlaxcala, con la participación titulada “La tutela multinivel de los derechos humanos a partir de la familia como génesis de la sociedad”.

Programas oficiales

Informe No. 8110. Caso 12.562. Publicación Wayne Smith, Hugo Armendáriz, Y Otros. Estados Unidos. 12 De Julio De 2010.

Plan Nacional de Desarrollo 2013 – 2018.

Programa Nacional de Atención Integral de la Salud de Adolescentes MSPAS.

Plan Estatal de Desarrollo 2014 – 2019, del Estado de Baja California.

Diccionarios

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, edición 23ª, Octubre de 2014.

Diccionario jurídico, Espasa, España, 2001.

Diccionario Jurídico Harla, Baqueiro Rojas, Edgar, Derecho Civil, México, Ed. Harla, 1995.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM y Porrúa, 1996.

Diccionario Larousse.

Referencia jurisprudencial

ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES QUE CONTINÚEN ESTUDIANDO. CORRESPONDE AL JUZGADOR VALORAR EN CADA CASO LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS SIN ESTEREOTIPOS, NI PREJUICIOS SOCIALES Y ATENDIENDO A ESTÁNDARES INTERNACIONALES

(LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE). Época: Novena Época, Registro: 162432, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Abril de 2011. Materia(s): Civil. Tesis: XXXI.17 C. Página: 1219.

ALIMENTOS. DEL ARTÍCULO 303 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO SE ADVIERTE LA FALTA DE RESPONSABILIDAD MORAL O CAPACIDAD ECONÓMICA QUE IMPIDA PROPORCIONARLOS, SINO SÓLO LA IMPOSIBILIDAD FÍSICA O MENTAL. Época: Novena Época, Registro: 198506, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, Junio de 1997. Materia(s): Civil. Tesis: I.6o.C.109 C. Página: 716.

CONCUBINATO. SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO MEXICANO SE DERIVA DEL MANDATO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUES LO QUE SE PRETENDE ES RECONOCER Y PROTEGER A AQUELLAS FAMILIAS QUE NO SE CONFORMAN EN UN CONTEXTO MATRIMONIAL. Época: Décima Época, Registro: 2008255, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 14, Enero de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. VI/2015 (10a.). Página: 749.

CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO. Época: Novena Época. Registro: 162408. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Abril de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. XCVII/2010. Página: 305.

CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU APLICACIÓN ES DE NATURALEZA SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. Época: Décima Época, Registro: 2005942, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II. Materia(s): Común. Tesis: (III Región) 5o. J/8 (10a.).Página: 1360.

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. Época: Novena Época. Registro: 195674. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo

VIII, Agosto de 1998. Materia(s): Civil. Tesis: I.9o.C.53 C. Página: 845. NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 5689/98. Luis Tovar Zúñiga. 25 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Aguilar. Secretario: Antonio Rebollo Torres.

DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO. Tesis de Jurisprudencia. 9na. Época; S.J.F. y su Gaceta; Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Tomo XXXIII, marzo de 2011, pág. 2133.

DERECHO DEL NIÑO A LA FAMILIA. SU CONTENIDO Y ALCANCES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO Tesis de Jurisprudencia de la 10ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; CCLVII/2015, septiembre de 2015, pág. 303.

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Época: Décima Época, Registro: 2006224, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.). Página: 202. Contradicción de tesis 293/2011.

DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. ALCANCES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL JUICIO RELATIVO, CUANDO AQUÉLLA SE IMPUGNA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. Época: Décima Época, Registro: 2005450, Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. XXIV/2014 (10a.). Página: 649. Amparo directo en revisión 1321/2013. 4 de septiembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Esta tesis se publicó el viernes 7 de febrero de 2014 a las 11:16 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. Tesis de Jurisprudencia de la 10ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; 1ro de Septiembre de 2010.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. PARA SU ADECUADA PROTECCIÓN EN EL TRÁMITE DE LA ADOPCIÓN, EN CASO DE COLISIÓN ENTRE DERECHOS PRIMARIOS Y SECUNDARIOS, POR REGLA GENERAL, DEBEN PREVALECER LOS PRIMEROS. Época: Décima Época, Registro: 2011199, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 04 de marzo de 2016 10:15 h, Materia(s): (Constitucional), Tesis: III.2o.C.53 C (10a.).

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. (TA); 9ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 265. Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO Tesis: 1ª. CCLX/2014 (10ª), Primera Sala, Décima Época, Tesis Aislada (Constitucional), Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA. Tesis Aislada de la 9na. Época; S.J.F. y su Gaceta; XXX, agosto de 2009, pág. 1661.

MENORES DE SIETE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Época: Décima Época, Registro: 160535, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C. J/68 (9a.), Página: 3624.

MÍNIMO VITAL. CONFORME AL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y AL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, SE ENCUENTRA DIRIGIDO A SALVAGUARDAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y NO DE LAS JURÍDICAS. Tesis: I.9o.A.1 CS (10a.). NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 261/2015. Astro Gas, S.A. de C.V. 13 de agosto de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Edwin Noé García Baeza. Secretario: Daniel Horacio Acevedo Robledo. Esta tesis se publicó el viernes 18 de marzo de 2016 a las 10:40 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

PATRIA POTESTAD. ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, SU PÉRDIDA NO SIEMPRE IMPLICA LA FALTA DE CONVIVENCIA DE ÉSTE CON EL PROGENITOR SANCIONADO. Época: Novena Época. Registro: 171416. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Septiembre de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: I.9o.C.140 C. Página: 2561.

PATRIA POTESTAD. EN LOS JUICIOS SOBRE SU PÉRDIDA EL JUZGADOR DEBE APOYARSE EN PRUEBAS RECIENTES CUANDO SU CAUSA SE HACE DEPENDER DE CONDUCTAS DE LOS PROGENITORES SUSCEPTIBLES DE MODIFICARSE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Época: Décima Época. Registro: 2004539. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Civil. Tesis: VIII.1o.(X Región) 9 C (10a.). Página: 2625.

POBREZA, MARGINACIÓN Y VULNERABILIDAD. CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL NO CONSTITUYEN SINÓNIMOS. Época: Novena Época. Registro: 166608. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Agosto de 2009. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 85/2009. Página: 1072.

RÉGIMEN DE CONVIVENCIA. CUANDO EL MENOR SUFRA EL ABANDONO DEL PADRE POR UN LAPSO CONSIDERABLE, Y ÉSTE COMPARECE A DEMANDAR LA CONVIVENCIA CON SU HIJO, TAL DERECHO DEBE OTORGARSE PROVISIONALMENTE Y, EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA DEBERÁ REVALORARSE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Época: Novena Época. Registro: 162742. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Febrero de 2011. Materia(s): Civil. Tesis: XI.1o.T.Aux.20 C. Página: 2383.

RÉGIMEN DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y VISITA A LOS HIJOS. NO DEBE CONDICIONARSE AL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES. Época: Novena Época. Registro: 179211. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, Febrero de 2005. Materia(s): Civil. Tesis: II.2o.C.487 C. Página: 1765.

RESOLUCIÓN DICTADA POR EL TRIBUNAL PLENO EN EL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010 Y VOTOS PARTICULARES FORMULADOS POR LOS MINISTROS MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS, SERGIO SALVADOR

AGUIRRE ANGUIANO Y LUIS MARÍA AGUILAR MORALES; ASÍ COMO VOTOS PARTICULARES Y CONCURRENTES DE LOS MINISTROS ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA Y JORGE MARIO PARDO REBOLLEDO, PUBLICADA EN EL D.O.F. EL DÍA 04 DE OCTUBRE DE 2001.

"SOFT LAW". LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. Época: Décima Época. Registro: 2008663. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 16, Marzo de 2015, Tomo III. Materia(s): Constitucional. Tesis: XXVII.3o.6 CS (10a.). Página: 2507.

TESIS AISLADA RELATIVA AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN LOS CASOS EN QUE DEBA SER SEPARADO DE ALGUNO DE SUS PADRES, Y QUE SEÑALA QUE EL ARTÍCULO 4TO. DE LA CONSTITUCIÓN NO PREVÉ UN PRINCIPIO QUE PRIVILEGIE SU PERMANENCIA CON LA MADRE. CITA TESIS 1ª. VII/2011, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, NOVENA ÉPOCA, XXXIII, FEBRERO DE 2011, P. 615. REGISTRO 162808.

VIOLENCIA FAMILIAR. ELEMENTOS QUE SE DEBEN ACREDITAR. Época: Novena Época. Registro: 168522. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, Octubre de 2008. Materia(s): Civil. Tesis: I.7o.C.113 C. Página: 2465.

Informes oficiales

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, (UNICEF) en conjunto con el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), comunicado de prensa de fecha 29 de abril de 2014. Reporte ejecutivo “Pobreza y Derechos Sociales de Niños, Niñas y Adolescentes en México, 2010 – 2012”.

Informe del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, 2001, p. 1-6.

Informe denominado: Familia y derechos humanos, presentada por Rossana Muga, Cristina Torres y Erika Valdivieso, maestras del Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia, Facultad de Derecho –Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo –Perú, marzo de 2013.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Las mujeres y las niñas en Baja California*, 2013.

IX Congreso Mundial sobre derechos de familia, celebrado en Panamá en el 2006.