

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO CAMPUS MEXICALI**



ESPECIALIDAD EN CIENCIAS JURIDICAS

“DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA DEL MENOR”

TRABAJO TERMINAL QUE PRESENTA:

FAUSTO RUBEN GARCIA ZAVALA

DIRECTOR DE TESIS:

MTRO. GUILLERMO TORRES VALENZUELA

MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, 08 DE JUNIO DE 2017

CONTENIDO

CAPITULO I	2
1. INTRODUCCION	2
2. DERECHOS HUMANOS	2
2.1. Características de los derechos humanos	¡Error! Marcador no definido.
2.2. Principios rectores.....	6
3. DERECHOS DE LOS MENORES	9
CAPITULO 2. DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA DIGNA	14
1. VIVIENDA DIGNA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	14
2. TRATADOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON EL DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA DIGNA	15
2.1. Aspectos generales del derecho humano a la vivienda digna	18
3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	21
CAPITULO 3. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA QUE TUTELA EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA DEL MENOR	25
1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	25
2. LEYES SECUNDARIAS	27
3. JURISPRUDENCIA.....	31
CAPITULO 4. ANÁLISIS DE TRATADOS - CONVENCIONES INTERNACIONALES DE LOS QUE MÉXICO ES PARTE, QUE TUTELAN EL DERECHO DE VIVIENDA DIGNA DEL MENOR.....	355
1. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	355
1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	355
1.2. Convención sobre los derechos del niño	377
2. PROBLEMAS PARA GARANTIZAR EL DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA DIGNA	433
CONCLUSIONES	434
PROPUESTAS	466
BIBLIOGRAFÍAS.....	47

CAPITULO I “Los Derechos Humanos y los menores”

1. INTRODUCCION

El objeto de la presente investigación, es realizar un estudio del papel que juega el Estado en cuanto a su normatividad y aplicación de ésta para garantizar el derecho a la vivienda del menor, en el entendido que éste derecho, regido bajo el principio de interés superior, es considerado como un derecho humano, en virtud del cual el Estado está obligado a realizar cualesquier acto tendiente a garantizar al mismo, sin realizar delimitación alguna en cuanto a su ámbito de aplicación o mecanismo para garantizar el derecho en mención. En relación a lo anterior, hemos considerado de gran importancia realizar un estudio del presente tema, puesto que las normas mexicanas, las cuales son de carácter obligatorio, se considera que pueden contravenir innumerables ordenamientos jurídicos, así como la aplicación de estos en atención a garantizar el derecho superior del cual es titular un menor, es decir, cualesquier persona que se encuentre gozando de la tutela de un menor, puede, en ejercicio del “control convencional y/o difuso” solicitar a un Juez del fuero común o federal, el hecho de que no le sea aplicada cierta ley u obligación que afecte el derecho de vivienda digna del menor que se encuentra bajo su tutela, en el entendido de que esta persona, siempre y cuando se encuentre en ejercicio de la tutela de un menor, puede legalmente ser un sujeto inimputable e inejecutable de normas jurídicas.

2. INTRODUCCION A LOS DERECHOS HUMANOS

Considerado uno de los temas de vital importancia en el ámbito juridico-social, dado este reconocimiento, protección y garantía mínima de derechos y obligaciones que todo ser humano tiene por el solo hecho de existir, del cual se puede considerar, que emanan todos y cada uno de los derechos existentes en el ámbito social, es pues que en este ámbito juridico-social, nuestra Ley Suprema, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra y garantiza la protección de los Derechos Humanos en su artículo 1º, estableciendo que todas

las normas relativas a la cuestión de Derechos Humanos, serán interpretadas conforme a nuestra Carta Magna y Tratados Internacionales, a mayor abundancia, dicho artículo establece:

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...

En este tenor de ideas el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto a su ámbito Jurisprudencial ha sostenido que “los derechos humanos constituyen los límites a los que debe sujetarse el ejercicio del poder del Estado, en aras de lograr un desarrollo social armónico”¹ o bien, los Tribunales de la Federación establecen que los derechos humanos son el “conjunto de facultades, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”.²

2.1 CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

A continuación, se destacarán unas de las características del concepto de derechos humanos.

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos parte general*, Serie derechos humanos, 1ª. Ed., México, SCJN, 2013, p. 4.

² Tesis I.15º.A.41 A, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Novena Época, t. XXII, octubre de 2005, p.2341 Reg.IUS. 177020.

- a) “Supremacía de los derechos humanos. La constitución mexicana debe situarse por encima de cualquier ley, sea nacional o internacional, sin embargo, cuando se trata de derechos humanos, existe una igualdad de rango, es decir, cuando una autoridad jurisdiccional se encuentra en la disyuntiva de aplicar una norma internacional, debe analizar con detenimiento si dicha norma es intérprete de derechos humanos. Si la norma internacional tiene otro contexto, la Supremacía constitucional imperará. El principio pro persona nos indica que cuando se trata de derechos humanos debemos aplicar la norma nacional o internacional que más favorezca a las personas, o la interpretación que más beneficie a las mismas”.³
- b) Ponderación. Se trata de identificar los límites que los derechos humanos tienen, establecidos por el estado, a fin de equilibrarlos unos con los otros. La ponderación es un ejercicio complicado en su ejecución, en razón a que corresponde a los juzgadores decidir si protege a un derecho humano por encima de otro, pues aunque ponderar significa realizar los actos necesarios para buscar la coexistencia de derechos, siempre existirá un derecho protegido en mayor grado que otro cuando se encuentren en pugna, materialmente hablando. Miguel Carbonell en su obra denominada “Argumentación jurídica, ponderación y el principio de proporcionalidad”, citando al autor Robert Alexy señala que “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.⁴

De la misma manera, refiere Carbonell en la obra señalada que “uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación es un procedimiento

³ Torres Valenzuela, Guillermo, Ensayo, Los derechos humanos aspecto procesal. p.14

⁴ Carbonell, Miguel, Argumentación Jurídica el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, 2ª. Ed., México, Porrúa, 2012, p.3

racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero subterfugio retórico, útil para justificar toda laya de decisiones judiciales”.⁵

La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las posibles incompatibilidades entre las normas prima facie que fundamentan.⁶

- c) Justicia. Los derechos reconocidos por una sociedad en un momento y lugar determinado producen que los actos que las autoridades emitan en cumplimiento a dichas normas sean justas. La justicia es relativa.

Los derechos humanos son aquellas premisas mínimas que el estado debe garantizar a las personas que integran su sociedad, es decir, conforman la base del contrato social, cuyo respeto genera la posibilidad de que predomine la justicia.⁷

Debemos precisar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha referido en sus obras al término “justicia constitucional”, el cual nos hace entender que cuando habla de hacer justicia, se refiere a la protección de las normas constitucionales, por lo que empalma la idea de justicia con aquellas premisas mínimas o lineamientos básicos constitucionales, es decir, la justicia es relativa.⁸

⁵ Carbonell, Miguel, *Argumentación Jurídica el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 2ª. Ed., México, Porrúa p.28.

⁶ Carbonell, Miguel, *Argumentación Jurídica el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 2ª. Ed., México, Porrúa, p.36.

⁷ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 2ª. Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 24

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México, mecanismo de protección nacional de los derechos humanos*, 1ª. Ed., México, SCJN, 2012, P. 55.

2.2. PRINCIPIOS RECTORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

En relación a los principios rectores de los Derechos Humanos, diversos autores aluden a los siguientes:

- A) Universalidad. Este principio se refiere a que los derechos humanos son inherentes al hombre, es decir, todas las personas por el simple hecho de serlo gozaran de los derechos y el estado deberá protegerlos, garantizarlos y respetarlos.⁹ La universalidad de los derechos humanos se refiere básicamente a que al ser derechos de las personas no deben existir ningún tipo de limitaciones por razones de sexo, edad, raza, nacionalidad, religión o cualquier otra circunstancia que haga distinción entre los hombres, pues estos derechos pertenecen a todos, por el solo hecho de serlo.

Los derechos humanos son universales teóricamente, pero en la práctica, existen limitaciones a los mismos. Cuando una norma es inconvencional (inconstitucional), los jueces deben *inaplicar* la norma o ley reglamentaria, no declararla inconstitucional, en cuanto a que sea la más favorable a las personas. El único que puede declarar la inconstitucionalidad de una norma es la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus órganos integrantes, como lo expresa el autor José Luis Caballero, “*Los Derechos humanos han pasado a ocupar el puesto de la moral en el mundo moderno y, a través de la pretensión de su universalidad como valores, han servido como aglutinante y componente central de las sociedades actuales*”.¹⁰

En la obra denominada Argumentación Jurisprudencial, Memorias del II Congreso Internacional de Argumentación Jurídica, compilada por la

⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos parte general*, Serie derechos humanos, 1ª. Ed., México, SCJN, 2013, p. 37.

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México, mecanismo de protección nacional e internacional de los derechos humanos*, 1ª. Ed., México, SCJN, 2012, p. 30.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, se expresa que el principio de universalidad “es co-sustancial a la idea misma de derechos humanos, pues exige que los titulares de estos derechos sean todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, y por el simple hecho de ser seres humanos”.¹¹

B) Interdependencia. Por razón de la persona (valores axiológicos), los derechos humanos se complementan unos con otros. Forman un conjunto indivisible, son inseparables. El ejercicio no puede ser parcial si no holístico, solo se pueden alcanzar con una valoración conjunta.

El principio de interdependencia o de integridad implica que “todos los derechos se encuentran interrelacionados entre sí, es decir, no se puede garantizar el goce y ejercicio de un derecho, sin que, a la vez, se garanticen el resto de los derechos o, de manera negativa, que la violación de uno también pone en riesgo el ejercicio de los demás”.¹²

La interdependencia guarda estrecha relación con la dignidad humana, es decir, esta característica significa que los derechos coexisten de manera simultánea, protegiendo la dignidad de las personas. Son una especie de bloque de derechos que se entrelazan o conectan entre sí, generando que la satisfacción o la afectación a alguno de ellos tenga efectos en el goce y eficacia de otros.¹³ Los autores Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, citados en la obra de la Suprema Corte de Justicia denominada “Derechos humanos parte general” expresan que:

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Memorias del II congreso internacional de Argumentación Jurídica, Argumentación Jurisprudencial*, 1ª. Ed., México, SCJN, 2012, p. 143.

¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Memorias del II congreso internacional de Argumentación Jurídica, Argumentación Jurisprudencial*, 1ª. Ed., México, SCJN, 2012, p. 143.

¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos parte general*, Serie derechos humanos, 1ª. Ed., México, SCJN, 2013, p. 39.

“la interdependencia comprende, al menos, un par de relaciones donde: a) un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir, y b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependiente (sic) para su realización. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos impactarán en el otro(s) y/o viceversa”.¹⁴

C) Indivisibilidad. La idea de la indivisibilidad expresa principalmente que un estado no puede reconocer solo unos derechos humanos y otros no, pues representan un bloque, una unidad esencial. La diferencia entre la interdependencia y la indivisibilidad estriba en que la primera refiere que la protección de un derecho guarda un impacto en otro, y la segunda refiere que no es posible que se trate de derechos aislados que choquen o coexistan, sino que se trata de un solo grupo de derechos que conviven entre sí, es decir, ambos principios tienen un mismo objetivo, pero con enfoques distintos.

D) Progresividad. Los derechos humanos tienden a expandirse, a ampliarse. En “su acepción de no regresividad puede emplearse como un principio rector para todos los derechos humanos”.¹⁵ Significa que los derechos humanos siguen la tendencia de avanzar, de manera gradual y nunca retroceder. El estado debe garantizar mediante estrategias y políticas que los derechos humanos en ningún momento tiendan a disminuirse o decrecer.

En relación a lo anterior podemos concluir que estos principios rectores fijan con cierta claridad los límites que los juzgadores deben seguir al proteger, garantizar y respetar los derechos humanos de las personas, pues hoy más que nunca los jueces deben conducirse con independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia para que mediante la práctica de las virtudes como el

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos parte general*, Serie derechos humanos, 1ª. Ed., México, SCJN, 2013, p. 40.

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos parte general*, Serie derechos humanos, 1ª. Ed., México, SCJN, 2013,.

humanismo, la justicia, la prudencia, la fortaleza, la laboriosidad, la perseverancia, la humildad y la honestidad reflejadas en sus resoluciones, legitimen al Poder Judicial.¹⁶

3. DERECHOS DE LOS MENORES

Es de vital importancia definir los conceptos materia de la presente investigación, estableciendo primeramente la definición de "menor", en el entendido que, y siguiendo los parámetros del Convenio sobre los Derechos del Niño, podemos encontrar que niño y/o menor de edad "es toda persona que no haya cumplido 18 años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42 de dicho Convenio".¹⁷

La primera mención que se hace en la Constitución sobre los derechos de las personas menores de edad es en la reforma publicada en el "*Diario Oficial de la Federación* el 18 de marzo de 1980, como resultado del Año Internacional del Niño proclamado por la Organización de las Naciones Unidas en 1979. Posteriormente, dada la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, aparece el concepto "niñas" y "niños" además de que se incorporan algunos derechos, y se hace mención a la dignidad de la niñez."

Actualmente la redacción del artículo 4 establece que "se velará por el "interés superior de la niñez" y se impone la obligación de observar este principio en las políticas públicas dirigidas a la niñez:

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 niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México, mecanismo de protección nacional e internacional de los derechos humanos, 1ª. Ed., México, SCJN, 2012, p. 56.

¹⁷

Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de la política pública dirigida a la niñez.

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

Por su parte, el artículo 73 faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de infancia:

XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, 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 mismos y cumpliendo en los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.

La adición de la fracción XXIX-P al artículo 73 es de gran relevancia y contribuye a la consolidación de la reforma en materia de derechos humanos, pues una de las lagunas que durante mucho tiempo hizo inaplicable la Convención sobre los Derechos del Niño y, los derechos de niñas y niños en México era precisamente la falta de una atribución, de una facultad expresa al Congreso de la Unión para *expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes*. La cuestión aquí es que efectivamente el Congreso de la Unión asuma su función y garantice los derechos de las menores.

En la actualidad el principio del interés superior del menor es uno de los temas más sonados y de moda, sin embargo, este auge de protección al menor tan abierto tiene el riesgo de ser interpretado de maneras muy diversas. Asimismo se advierte, que diversas resoluciones judiciales, y su recurrente utilización lo ha convertido en una especie de “fórmula mágica” vacía, pues tiende a justificar cualquier argumentación que guarde relación y/o donde se vea inmiscuido una

violación a un derecho del menor. Habida cuenta que con el simple hecho de invocar el “interés superior del niño” se están protegiendo sus derechos, sin limitación alguna, por ello es necesario entrar a su análisis con base en lo establecido por los instrumentos internacionales, la ley y la jurisprudencia.

El principio de interés superior del niño está reconocido en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño que obliga a los Estados a aplicarlo en todas las medidas concernientes a niñas y niños:

Artículo 3.

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

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado, respecto de este principio, que implica la adopción de medidas por parte de todas las autoridades, así como el estudio de cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten. Es decir, el principio debe interpretarse de la manera más amplia.

El “interés superior del niño” aparece en otras disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño (artículo 9, 18, 20, 21, 37 y 40), así como en el artículo 4º constitucional y el artículo 18 en lo relativo a la justicia para adolescentes. Otras leyes mexicanas, en especial la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, resaltan la importancia de este principio.

Por otra parte, ha sido interpretado también como la formulación de un derecho de prioridad de niñas y niños frente a los adultos. Esto supone que si se encuentran en conflicto el derecho de una persona mayor de edad frente al derecho de una persona menor de edad, el segundo debe desplazar al primero.

La opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño señala que este principio se funda en el reconocimiento mínimo de la dignidad del niño. Asimismo, ha reiterado en diversas jurisprudencias que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos de la interpretación de todos los demás derechos de la CRC cuando el caso se refiera a menores de edad.¹⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha argumentado y valorado también que las violaciones a los derechos humanos, cuando las víctimas son menores de edad, revisten una gravedad especial, ya que sus derechos son reconocidos no sólo en la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también en la CRC y otros documentos ampliamente reconocidos por la comunidad internacional.¹⁹ En la protección de estos derechos rige el principio del “interés superior del niño”²⁰ y la obligación del Estado de garantizar el acceso a todo lo necesario para su desarrollo.

En lo que respecta a ejecuciones extrajudiciales, se ha reconocido también una obligación especial del estado. En este sentido, la Corte interamericana ha añadido que en casos de presuntas ejecuciones extrajudiciales, las autoridades de un Estado deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, una vez que tengan conocimiento del hecho. Dicha obligación debe materializarse de un modo particular cuando se tratare de una ejecución

¹⁸ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 13; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párr. 164; Corte IDH, *Caso Gonzalez y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 408; Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 184.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, supra nota 21 párr. 113; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 244; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 162.

²⁰ Corte IDG. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 163.

extrajudicial de un niño, dada su condición de vulnerabilidad inherente, especialmente si éste se encuentra bajo la custodia o tutela del Estado.²¹

²¹ Corte IDH *Caso Vargas Acero Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006, Serie C No. 155, párr. 177.

CAPITULO 2. DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA DIGNA

El estudio del derecho a la vivienda digna, su reconocimiento y protección en el Marco Jurídico Internacional, como Derecho Humano, y el papel que juega el Estado en adaptar las medidas legales necesarias para estar en posibilidades de garantizar dicho derecho, el cual en este capítulo se estudia.

1. VIVIENDA DIGNA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La CPEUM en el artículo 4 párrafo 7, establece que “toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”, El Poder Judicial ha emitido en últimas fechas un criterio que busca proteger el derecho a la vivienda frente a la rescisión de contratos por falta de pago.²²

Por otra parte en cuanto a la definición de vivienda digna, la Ley de vivienda, reglamentaria del artículo 4 Constitucional, en su artículo segundo, nos proporciona una definición de este derecho tutelado, mismo que a la letra dice “ Se considerará vivienda digna y decorosa la que cumpla con las disposiciones jurídicas aplicables en materia de asentamientos humanos y construcción, habitabilidad, salubridad, cuente con los servicios básicos y brinde a sus ocupantes seguridad jurídica en cuanto a su propiedad o legítima posesión, y contemple criterios para la prevención de desastres y la protección física de sus ocupantes ante los elementos naturales potencialmente agresivos”.

De acuerdo con la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

²² Tesis; XXIV 1º.3 A (10 a), CONTRATO DE CRÉDITO PARA VIVIENDA AL RESOLVER LAS CONTROVERSIAS RELATIVAS A SU RESCISIÓN POR FALTA DE PAGO DE LAS AMORTIZACIONES CORRESPONDIENTES, LOS TRIBUNALES DEL ESTADO MEXICANO ESTAN OBLIGADOS A EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1644. Reg. IUS. 2001604.”

..El derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: “el concepto de “vivienda adecuada”. significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable. ²³

2. TRATADOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON EL DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA DIGNA

El artículo 11 del PIDESC señala en su párrafo primero: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.”²⁴El Comité ESCR en su observación General No- 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, rescato el

²³ Comité ESCR, *Observación General 4, El Derecho a una Vivienda Adecuada. (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*. E/1991/23 (1991), párr.7.

²⁴ ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos..., p. 6, Art. 11.1

concepto de vivienda que reconoció la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda adecuada el cual:

... “significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación, ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable” ²⁵

Diversos tratados internacionales han incluido en su articulado el derecho a la vivienda como, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 (artículo 21), el Convenio No. 117, de 1962 de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social (Artículo 7), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27), el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (artículo 20.2 a); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 43 y 62) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 28).

A nivel mundial, el derecho a una vivienda adecuada se encuentra reconocido en el Convenio Europeo relativo a Estatuto del Trabajador Migrante (artículo 13); la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano (artículo 20) y la Carta Social Europea (artículo 31). De igual forma, existen resoluciones internacionales en materia del derecho a la vivienda, a través de la interpretación indirecta de los derechos a la privacidad, a la propiedad y al disfrute pacífico de los bienes y el derecho a la protección de la familia, tal es el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, la Carta Social Europea, y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

²⁵ Comité ESCR, *Observación General 4, El Derecho a una Vivienda...*, p. 103, párr.7.

La obligación de respetar requiere que los Estados se abstengan de una injerencia directa o indirecta en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada. Por ejemplo, los Estados deben abstenerse de efectuar desalojos forzosos y demoler viviendas; de denegar la seguridad de tenencia a determinados grupos de imponer prácticas discriminatorias que limiten el acceso de la mujer y su control sobre la vivienda, la tierra y el patrimonio, de transgredir el derecho a la privacidad y la protección del hogar; de denegar la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio a determinados grupos; y de contaminar los recursos hídricos.

La obligación de proteger exige que los Estados impidan la injerencia de terceros en el derecho a una vivienda adecuada. Los Estados deben adoptar legislación u otras medidas para cerciorarse de que los actores privados verbigracia, los propietarios de viviendas, los promotores inmobiliarios, los propietarios de tierras y las empresas- cumplan las normas de derechos humanos relativas al derecho a una vivienda adecuada. Los Estados deben, por ejemplo, reglamentar los mercados de la vivienda y los arrendamientos de manera de promover y proteger el derecho a una vivienda adecuada; garantizar que los bancos y las instituciones financieras concedan financiación para la vivienda sin discriminación; asegurar que el suministro privado de agua, saneamiento y otros servicios básicos conexos no ponga en peligro su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; velar por que esos servicios no sean suspendidos arbitraria e ilegalmente por terceros; prevenir las prácticas discriminatorias en materia de herencia que afectan el acceso de la mujer y su control sobre la vivienda, la tierra y el patrimonio; asegurar que los propietarios de viviendas no discriminen contra determinados grupos; velar porque los actores privados no lleven a cabo desalojos forzosos.

La obligación de realizar comporta la exigencia de que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo que sean apropiadas para la realización plena del derecho a una vivienda adecuada.

Los Estados deben, por ejemplo, adoptar una política o plan de vivienda nacional que defina los objetivos de desarrollo del sector vivienda, cerrándose en los

grupos desfavorecidos y marginados; determine los recursos disponibles para lograr esos objetivos; describa el modo más económico de utilizarlos; exponga las responsabilidades y plazos para la aplicación de las medidas necesarias; dé seguimiento a los resultados; y asegure recursos adecuados para los casos de violaciones.

De conformidad con la obligación de realizar, los Estados también deben, progresivamente y en la medida que se lo permitan los recursos de que disponen, prevenir y solucionar la carencia de vivienda; proporcionar la infraestructura física necesaria para que la vivienda sea considerada adecuada (este requisito abarca la adopción de medidas para asegurar el acceso universal y no discriminatorio a la electricidad, el agua potable, un saneamiento adecuado, la recogida de basuras y otros servicios esenciales); y asegurar, especialmente por medio de subsidios y otras medidas, una vivienda adecuada a las personas o grupos que, por motivos fuera de su control, no pueden disfrutar del derecho a una vivienda adecuada.

2.1. Aspectos generales del derecho humano a la vivienda digna

Para el derecho a la vivienda, el concepto adecuación es particularmente significativo, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituye una “vivienda adecuada” a los efectos del PIDESC. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité ESCR considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes: ²⁶

- *Seguridad Jurídica de la tenencia.* La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el

²⁶ Comité ESCR, *Observación General 4, El derecho a una Vivienda...*, supra nota 203 párr.8.

arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento y otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.

- *Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, del almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.
- *Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometerá el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deben crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debe proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de

construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

- *Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.
- *Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

- *Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe constituirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.
- *Adecuación cultural.* Una manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.

3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En el ámbito internacional y como antecedente de dicho “control”, Sanín Restrepo Ricardo, hace mención en su obra *Teoría Crítica Constitucional*, al precedente federalista que sienta un antecedente al “control convencional” puesto que mediante una serie de estrategias, esta corriente federalista pretendía establecer como principio que cada vez que un juez, “en la resolución de un conflicto judicial, aplique una ley superior (Constitución) y esta contradiga una ley inferior (Estatuto) debe preferirse siempre la ley superior. Todo es asunto de interpretación legal, esto que a primera vista y en la más simple de las formas de interpretación legal que logra sustraer de la constitución todo carácter político y reducir conflictos sociales de amplia intensidad política a simples formas de incorporación o absorción social a una regla estricta de identidad y pertenencia social atrincherada bajo el más denso formalismo jurídico

En México, sin duda alguna es el caso Radilla Pacheco contra México que sienta una base y precedente del control de convencionalidad, refiriéndose a las normas relativas al fuero militar, en donde la Corte especificó que la CADH genera obligaciones específicas para los jueces del país, entre estas “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En este sentido, la Corte reiteró que “el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²⁷

Miguel Carbonel refiere que “El control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar *de oficio* una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. Lo anterior puede conducir, en caso extremo, a que un juez inaplique una norma interna cuando este en contradicción con una norma internacional”.²⁸

Así mismo hace mención a que, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el uso de sus facultades en el Expediente Varios 912/2010, es decir, el Caso Rosendo Radilla, llegó a las siguientes conclusiones:

- “Que las sentencias de la Corte IDH donde el Estado mexicano ha sido parte, constituyen cosa juzgada y son obligatorias en sus términos, incluso

²⁷ Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr.339.

²⁸ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>. 16 de Mayo 2016

sus partes considerativas y no sólo sus resolutivos de conformidad con los artículos 62.3, 67 y 68 de la Convención Americana; en consecuencia, la Suprema Corte “aun como tribunal constitucional, no puede evaluar este litigio ni cuestionar la competencia de la Corte Interamericana , sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos”;

- Que todos los jueces del país deben realizar un control de convencionalidad ex officio; y que derivado del nuevo contenido normativo del artículo 1º constitucional, todas las autoridades del país: dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona.
- Que el control de convencionalidad ex officio opera en un modelo de control difuso de constitucionalidad, por lo que se realiza una nueva interpretación del artículo 133 a la luz del nuevo contenido normativo del artículo 1º de la Constitución Federal, para apartarse del criterio de la Suprema Corte que prevaleció desde la década de los años cuarenta del siglo pasado, que prohibía a los jueces locales realizar control difuso.
- Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.
- Que la jurisprudencia de la Corte IDH será “vinculante” cuando el Estado mexicano sea parte; en cambio, tendrá el carácter de “criterio orientador” de todas las decisiones de los jueces mexicanos en los demás casos (que no

sea parte México), siempre que dicho criterio sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el tercer párrafo del vigente artículo 1º constitucional (reforma de junio de 2011).

En razón a lo anterior se puede concluir que los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.”²⁹

En este mismo orden de ideas el convencionalidad *ex officio* “conlleva que todos los Jueces nacionales, exista o no petición de parte, deben llevar a cabo, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales, un examen de compatibilidad entre las normas nacionales y los tratados internacionales de los que el Estado es parte, así como, en su caso, entre aquellas y la interpretación que estos han hecho los tribunales”³⁰.

Por ende, todo órgano que ejerza jurisdicción en el Estado Mexicano debe ejercer el control de convencionalidad, y en ese sentido, velar por que los derechos humanos previstos en la CPEUM y en disposiciones convencionales. Por ende los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario.

29

http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml p.1 15 de Mayo de 2016

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derechos humanos parte general, Serie de Derechos humanos, Primera Ed., México, SCJN, 2013, p. 182

CAPITULO 3. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA QUE TUTELA EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA DEL MENOR

Dentro del presente capitulo hemos realizado un análisis, o bien, una interpretación del Derecho a la Vivienda Digna del Menor, dentro del cual podremos observar la omisión en el marco jurídico legal Mexicano para salvaguardar y por ende garantizar este derecho humano a los menores.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su ya multicitado artículo 4, contempla la tutela de carácter constitucional de estos derechos, es decir, primeramente el derecho a que “toda persona tiene a una vivienda digna y decorosa”, estableciendo que la Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de lograr este objetivo, estableciendo de una manera muy general este derecho a la vivienda, es decir, es omisa en proporcionar las características de una vivienda digna y decorosa; posteriormente en su siguiente párrafo reconoce el “interés superior del menor” , obligándose de manera expresa a velar en todas y cada una de las actuaciones y decisiones que tome el Estado para satisfacer los derechos de los niños de una manera plena y no limitativa, situación que deberá de guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez, tal y como se desprende de manera literal del artículo antes mencionado, mismo que a la letra dice:

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

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

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

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

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

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

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

En razón a lo anterior y de nueva cuenta, realizando una interpretación de nuestra Constitución, es que podemos definir que el Estado Mexicano, está obligado a adoptar las medidas necesarias para “garantizar” los derechos de los menores, en este caso, el derecho a la vivienda digna del menor, es importante hacer hincapié en el hecho de que nuestra Constitución, no tutela de manera literal este derecho, situación que denota una total falta de regulación de este derecho, siendo un derecho que funge como base para el pleno desarrollo de los menores, si bien es cierto, existen leyes reglamentarias al presente artículo, como la Ley de la vivienda y/o la Ley para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por así mencionar algunos, ninguna de estas garantiza el derecho a la vivienda digna del menor o establece un mecanismo y/o instrumento para garantizar el goce de este derecho.

2. LEYES SECUNDARIAS

Primeramente hare alusión a la Ley de la Vivienda, la cual es la Ley reglamentaria al Artículo Constitucional antes expuesto, la cual por objeto establecer y regular la política nacional, los programas, los instrumentos y apoyos para que toda familia pueda disfrutar de vivienda digna y decorosa, así mismo tal y como ya se menciono en el capítulo a la vivienda digna, nos define que es una vivienda digna y decorosa para el Estado Mexicano, sin embargo, del análisis de la misma, se desprende que de todos y cada uno de los artículos que integran la ley de la vivienda son omisos en mencionar a los menores, es decir, no reglamenta nada referente a la regulación de la vivienda digna que sea dirigida a los menores, siendo que en su artículo 4 Constitucional, se obliga a adoptar y velar en su política pública por los derechos de los menores, entonces, como conclusión preliminar, debemos entender que ¿el derecho a la vivienda digna del menor no está reconocido por la Constitución?.

Por otra parte, la ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo primero establece lo siguiente:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional, y tiene por objeto:

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;

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 vulneración.

Tal y como se desprende del artículo antes mencionado, el objeto de la Ley es el de regular y hacer valer los derechos de los menores, adoptando las medidas necesarias para ello, sin embargo, esta Ley, es omisa regular la vivienda digna del menor, es decir, los artículos que integran la Ley en mención, son omisas en garantizar la vivienda digna de los menores.

De lo anterior se puede concluir, que de las leyes de la legislación mexicana son omisas en reglamentar y/o establecer un mecanismo para garantizar el derecho a la vivienda digna de los menores, pues es necesario realizar una interpretación para poder llegar a la conclusión de que si esta tutelado este derecho, sin embargo, lo que aquí se pretende dilucidar, es el hecho de que de manera literal no se reconoce el derecho a la vivienda digna de los menores, lo cual debería estar debidamente reglamentado, pues tal y como se definió el concepto de los derechos humanos en su capítulo respectivo, “ es un derecho mínimo y del cual se desprenden los demás derechos, por el solo motivo de existir como persona”, puesto que sin una vivienda digna, ¿cómo puedes tener un pleno desarrollo como menor?.

En el Estado, la Constitución Política de Baja California en su parte dogmática, que según Barceló Rojas Daniel Armando, en su obra de Introducción al Derecho Constitucional Local Estadounidense, el cual menciona a esta parte de la constitución como aquella que contiene las declaraciones de derechos individuales. Generalmente en las Constituciones estatales más antiguas la parte dogmática se ha dividido a su vez en dos secciones: una consistente en la inscripción de preámbulos que fijan inequívocamente el principio de soberanía popular, así como los aloes superiores que guían la convivencia de la sociedad estatal tales como la justicia, la libertad, la igualdad, y la dignidad del ser humano. La segunda sección es un catálogo de derechos individuales, redactado con un nivel menor de abstracción.

Esta parte dogmática sirve para hacer patente que el edificio público inscribe en la teoría de los derechos naturales del hombre, lo que significa que poseen una procedencia cronológica y oncológica sobre el gobierno del estado.

En cuanto a la protección del derecho a la vivienda digna del menor en el Estado de Baja California, debemos realizar una minuciosa interpretación del artículo 7 antes mencionado en relación a los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, habida cuenta, que del artículo 1 se desprende el llamado "control convencional", del cual se habló en el capítulo que antecede de la presente investigación; así mismo y del artículo 133, del cual se desprende el "control difuso", en virtud del cual los Jueces de cada Estado se encuentran facultados para ajustarse a las normas integrantes de la Constitución, Leyes y Tratados de los que el Estado Mexicano sea parte, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

En razón a lo anterior, sin dejar de pasar por desapercibido, que es necesario realizar una interpretación de los artículos antes mencionados, de la cual podemos establecer el hecho de que la Constitución del Estado de Baja California, conforme a su artículo 7, se remite a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual denota que se constriñe a lo establecido a nivel Federal, situación que denota que no existe una reglamentación normativa autónoma al respecto, puesto que se limita a lo establecido en la Constitución Federal.

Por ende y en ejercicio del control difuso y convencional, un Juez del Fuero común se encuentra obligado a inaplicar una norma jurídica de manera oficiosa, siempre y cuando se llegue a atentar al derecho superior del interés del menor, en el entendido que cualesquier sujeto en ejercicio de la tutela de un menor, podría ser sujeto ser un sujeto hasta cierto punto inimputable o inejecutable en relación a una norma; para esclarecer un poco mas lo antes expuesto me permito plantear el siguiente problema, en una situación donde un sujeto demanda por la vía civil o mercantil a "n" persona, misma que se encuentra en ejercicio de la tutela de un menor, este puede ser un argumento sólido de defensa o de inejecución de una sentencia, en el entendido de que dicho sujeto puede argumentar que se violenta el derecho a la vivienda digna del menor, puesto que al ser ejecutado en cuanto a que sea desalojado del inmueble materia del juicio, se le estaría violando este derecho tutelado y el Juez del Fuero Común se encuentra obligado a no aplicar

una ley o ejecución de su sentencia, situación que hasta cierto punto lo hace un sujeto inejecutable; puesto que la normatividad mexicana, en su ámbito competencial federal y estatal, carece de un organismo y/o delimitación para garantizar este derecho de vivienda digna del menor. En el entendido que si bien es cierto, resultaría poco ético, el interpretar el orden jurídico a favor de un sujeto en plenas facultades del ejercicio de tutela de un menor, puesto que de ser titular de un crédito hipotecario o ser embargado en cuanto a el inmueble donde habitan los menores, el Juez del fuero común, se encuentra literalmente obligado a no aplicar cierta norma que afecte este derecho, situación que en la práctica aún no se ha explotado y se considera de vital importancia estudiar, dada la carencia de delimitación de esta interpretación de normas, así como la carencia de un mecanismo tendiente a salvaguardar este derecho de carácter superior tutelado.

3. JURISPRUDENCIA

El interés superior del niño ha sido el principio más ampliamente desarrollado por la Suprema Corte, en concreto por la Primera Sala, que desde hace algunos años le había reconocido un rango constitucional recurriendo a la interpretación y a la exposición de motivos de la reforma al artículo 4º, señala lo siguiente: *El interés superior al niño es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de los menores previstos en el artículo 4º. Esta interpretación encuentra respaldo en un argumento teleológico: 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. así como a los criterios de los órganos internacionales encargados de la aplicación de la Convención, especialmente las resoluciones de la Corte IDH, el Comité CRC y su mención en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas y Niños y*

Adolescentes.³¹ A partir de la reforma al artículo 1 constitucional y, posteriormente, del artículo 4º, ha quedado plenamente definida la jerarquía de este principio.

La primera Sala ha argumentado en diversas resoluciones que el principio tiene una doble función: justificativa y directiva. En tanto principio normativo, el interés superior del niño tiene una función justificativa y una función directiva. Por un lado, sirve para justificar todos los derechos que tienen como objeto la protección del niño. Por otro lado, constituye un criterio orientador de toda producción normativa, entendida en sentido amplio, relacionada con los derechos del niño, lo que incluye no sólo la interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces, sino también todas las medidas emprendida por el legislador y las políticas públicas, programas y acciones específicas llevadas a cabo por las autoridades administrativas. Así, el principio del interés superior del niño debe informar todos los ámbitos de la actividad estatal que estén relacionados directa o indirectamente con los menores.

Respecto de la función jurisdiccional le ha reconocido como criterio interpretativo. Esto supone decidir lo que es mejor para el niño, que puede implicar el allegarse de todos los elementos probatorios necesarios, incluso recabar pruebas de oficio³² o suplir la queja deficiente cuando se trata de personas menores de edad.³³ Sobre la base de este criterio, resolvió también una contradicción de tesis en la que declara improcedente la caducidad de la instancia (de acuerdo con el Código

³¹ *La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* reconoce en el artículo 3: *Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes: A. El del interés superior de la infancia.*

³² Amparo Directo en Revisión 2539/2010..., *supra* nota 28.

³³ Ejecutoria: 1ª./J. 5/2011 (9ª), CONTRADICCIÓN DE TESIS 199/2010. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS SEGUNDO DEL DÉCIMO CIRCUITO, SEGUNDO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO, TERCERO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMERO CIRCUITO, CUARTO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, SEGUNDO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO (ACTUALMENTE SEGUNDO EN MATERIA CIVIL DEL PROPIO CIRCUITO), PRIMERO EN MATEIRA PENAL DEL TERCER CIRCUITO, SEGUNDO EN MATERIAS ADMINSTRATIVA Y DEL TRABAJO DEL SÉPTIMO CIRCUITO Y CUARTO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO (ACTUALMENTE TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL MISMO CIRCUITO), EN CONTRA DEL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO OCTAVO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Mayo de 2006, p.168. Reg. IUS. 19477.

Civil de Veracruz) en los juicios en los que se diriman derechos de menores de edad.³⁴

En el ámbito jurisdiccional, el interés superior es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.³⁵

El interés superior del niño se ha definido de la siguiente manera:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4º de la Constitución Política de los Estados 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 concerniente 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”.³⁶

³⁴ Ejecutoria: 1ª. /J. 5/2011 (9ª), CONTRADICCIÓN DE TESIS 199/2010. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y SEGUNDO, AMBOS EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 159. Reg. IUS. 22739.

³⁵ Amparo Directo en Revisión 1187/2010..., *supra* nota 26, Amparo Directo en Revisión 2539/2010..., *supra* nota 28.

³⁶ Tesis: 1ª. /J. 25/2012 (10ª), INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, SU CONCEPTO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p.334. Reg. IUS. 159897.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito ha reconocido también la relevancia del principio del interés superior del niño y la Convención en la modificación de la concepción tradicional de la familia. En la resolución correspondiente al amparo directo 367/2002 en relación con la guarda y custodia considera que este concepto supone una transformación respecto de la institución de la patria potestad en el derecho romano en la medida en que se centra en los derechos del niño alejándose de los derechos de los adultos. El concepto de interés superior, continúa el Colegiado, supedita los derechos que pudieran tener los adultos al derecho del niño a ser cuidado y atendido y con ello se entiende que esta función es de orden público e interés social.³⁷

En resumen, podemos sostener que el principio del interés superior del niño desempeña dos funciones fundamentales de acuerdo con los criterios que se han descrito en primer lugar, constituye un criterio de ponderación que ordena priorizar el derecho del niño sobre el del adulto en los casos en que así se justifique. Lo anterior puede incluso tener como consecuencia la excepción en algunas normas procesales cuando en el juicio involucren derechos de una niña o niño. Y, en segundo lugar, supone entenderlo como un mandato dirigido a todas las autoridades y a la sociedad en general sobre la consideración de los derechos de niñas y niños en las decisiones públicas, tanto en el ámbito administrativo, como legislativo y judicial. Esto conlleva, tal como lo ha señalado el Comité, la adopción de medidas activas y reforzadas para la realización plena de cada uno de los derechos. Por esta razón, la vulneración de los mismos reviste mayor gravedad y, en consecuencia genera una obligación del estado respecto de la restitución de los derechos y la reparación del daño.

³⁷ Ejecutoria: II.3º.C. J/4 (9ª), GUARDA Y CUSTODIA, DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XVI, Octubre de 2002, p. 1207. Reg. IUS. 17261.

CAPITULO 4. ANÁLISIS DE TRATADOS - CONVENCIONES INTERNACIONALES DE LOS QUE MÉXICO ES PARTE, QUE TUTELAN EL DERECHO DE VIVIENDA DIGNA DEL MENOR

Los Tratados y Convenciones Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, deben ser apreciados y estudiados, dado el reconocimiento legal en cuanto a nivel jerárquico que el Estado les proporciona, situación por la cual consideramos traer a colación, dada la inminente carencia de protección y garantía del Derecho a la Vivienda Digna del Menor en nuestro sistema legal mexicano.

1. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se limita solamente a establecer en el artículo 19 que.

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

De lo cual se y solamente derivado de una interpretación a este artículo tan general, podríamos rescatar el derecho a la vivienda digna del menor que aquí se investiga, sin embargo, es importante hacer hincapié en el hecho de que en dicha Convención, no se contempla el derecho a la vivienda de las personas; lo anterior denota la falta de legislación del derecho a la vivienda digna del menor dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos que en este capítulo se analiza.

1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 25 en su párrafo 1 establece que toda persona tiene derecho a la vivienda, fundamento que reconoce a “la vivienda” como un Derecho Humano, dada la literalidad del artículo que a la letra dice:

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 y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Por otra parte, la declaración Universal de los Derechos Humanos, en este mismo artículo (25), en su párrafo 2, proporciona un escaso reconocimiento a los derechos de los niños, estableciendo que “tienen derecho a igual protección”, para mayor entendimiento, me permito transcribir el párrafo en mención:

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.

Lo anterior, denota la escasa reglamentación y protección a este derecho de los menores, como el derecho que en la presente investigación nos ocupa, es decir, el Derecho a la Vivienda Digna del Menor, por ende, fue necesario acudir a diversos tratados internacionales de los que México es parte, de lo cual se rescato la siguiente información relacionada con el derecho aquí investigado.

El artículo 11 del PIDESC señala en su párrafo primero: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.”³⁸El Comité ESCR en su observación General No- 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, rescato el concepto de vivienda que reconoció la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda adecuada el cual:

³⁸ ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos..., *supra* nota 6, Art. 11.1

... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación, ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”³⁹

Diversos tratados internacionales han incluido en su articulado el derecho a la vivienda como, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 (artículo 21), el Convenio No. 117, de 1962 de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social (Artículo 7), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27), el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (artículo 20.2 a); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 43 y 62) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 28).

A nivel regional, el derecho a una vivienda adecuada se encuentra reconocido en el Convenio Europeo relativo a Estatuto del Trabajador Migrante (artículo 13); la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano (artículo 20) y la Carta Social Europea (artículo 31). De igual forma, existen resoluciones internacionales en materia del derecho a la vivienda, a través de la interpretación indirecta de los derechos a la privacidad, a la propiedad y al disfrute pacífico de los bienes y el derecho a la protección de la familia, tal es el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, la Carta Social Europea, y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

1.2. *Convención sobre los derechos del niño*

El primer antecedente en el ámbito internacional sobre los derechos de niñas y niños es la Declaración sobre los Derechos de Ginebra de 1924 de la Sociedad

³⁹ Comité ESCR, *Observación General 4, El Derecho a una Vivienda...*, *supra* nota 103, párr.7.

de Naciones, seguida por la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 y finalmente la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la ONU. La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por el Estado Mexicano de 1990, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 tras diez años de trabajo. La iniciativa, promovida por Polonia, originalmente pretendía simplemente dar a la Declaración de 1959 el carácter de convención y establecer ciertos mecanismos para su implementación, sin embargo, el proyecto se convirtió en la elaboración de un instrumento distinto y con una concepción novedosa del niño y de sus derechos. La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por México el 21 de septiembre de 1990; entró en vigor en nuestro país el 21 de octubre de 1990 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991, este tratado internacional tiene 54 artículos en los que se reconocen un catálogo amplio de derechos que incluye algunos que no están reconocidos en la Constitución como el derecho a la identidad, libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión, libertad de asociación, protección de la vida privada, acceso a la información, derecho al juego, a la protección en contra de la explotación, entre otros. Del mismo documento se desprenden ciertos principios de interpretación, como se explicara más adelante.

De la Convención que aquí se analiza, se desprenden los siguientes artículos, que establecen y obligan a los Estados que son parte del mismo, a respetar los derechos de los menores, así como tomar todas y cada una de las medidas necesarias dentro de sus medidas legislativas y administrativas para garantizar el interés superior del menor, asegurando su debido cumplimiento, esto en aras de un pleno desarrollo físico-emocional del menor, por esta razón, me permito transcribir los artículos en mención, mismos que a la letra dicen:

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a

su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

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

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

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

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos

reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Se ha pronunciado sobre las obligaciones de los Estados derivadas de estos tratados. También señala que niñas y niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derecho especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.⁴⁰

Algo similar ocurre en el ámbito interno, pues, pese a que hay legislación nacional sobre derechos de las niñas y niños los órganos jurisdiccionales, especialmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o “la suprema corte”), fundamenta con frecuencia las resoluciones en las que involucran derechos de niñas y niños en las disposiciones de Convención sobre los Derechos del Niño y utiliza también en su argumentación las observaciones del Comité de los Derechos del Niño (en adelante “Comité CRC”). Por esta razón, la Primera Sala había interpretado, aun antes de la reforma al artículo 1 constitucional de 2011, que los derechos fundamentales del niño no eran exclusivamente los reconocidos en el artículo 4º, si no que debía entenderse este precepto a la luz de los tratados internacionales y de los que los órganos encargados de interpretar estos tratados habían dicho al respecto.⁴¹

La Convención sobre los Derechos del Niño se complementa con dos protocolos facultativos, que también han sido ratificados por México, en materia de justicia para adolescentes hay otros instrumentos internacionales, aunque éstos, por su

⁴⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC- 17/02*, del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.

⁴¹ Ejecutoria. 1ª. /J. 20/2011 (9ª), CONTRADICCIÓN DE TESIS 115/2010. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO Y EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, p. 129. Reg. IUS; 22876.

naturaleza, no son ratificados por los Estados: Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil, también llamadas Reglas de Beijing (28 de noviembre de 1985); Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (14 de diciembre de 1990); y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como Directrices de Riad (14 de diciembre de 1990). Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía ⁴² y Protocolo facultativo de la convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. ⁴³

La misma CRC, al ser un instrumento jurídicamente vinculante, prevé los medios de supervisión para su cumplimiento. En el artículo 43 se contempla la creación del Comité CRC, integrado por dieciocho expertos internacionales, que tiene como función examinar los progresos de los Estados partes en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los protocolos facultativos. Para ello, el artículo 44 obliga a los Estados a presentar informes periódicos sobre los cuales el Comité emite un documento con Observaciones Finales, señalando los avances y los rubros en los que existe aún alguna deficiencia.

Además de las observaciones a los informes presentados por los Estados, el Comité CRC emite Observaciones Generales, derivadas del Día de Debate Anual que se celebra en Ginebra. En éstas interpreta diversos artículos de la Convención, para determinar sus alcances. Una de las más relevantes, para comprender este trato internacional, es la Observación General 5, Medidas generales de aplicación de la CRC. En este documento el Comité CRC señala la necesidad de una perspectiva basada en los derechos del niño para garantizar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la base de los

⁴² AGONU. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Resolución A/RES/54/263.

⁴³ AGONU. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*. Resolución A/RES/54/263.

principios generales identificados por este órgano: **interés superior del niño**, no discriminación, derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones.

El Comité CRC subraya la importancia, para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la CRC, de garantizar que los derechos, tanto los económicos, sociales y culturales como los civiles y políticos, puedan ser invocados directamente ante los tribunales y la exigencia de que pueda ser asegurada su reparación en casos de violación.⁴⁴

Estos principios generales resultan indispensables para la comprensión de los derechos de niñas, niños y adolescentes, especialmente por las dificultades anteriormente, vinculadas con el reconocimiento de la titularidad y especialmente el ejercicio que se presentan para las personas menores de edad. La condición de “derechos obligatorios” y la “incapacidad natural y legal” hacen particularmente relevante la adecuada interpretación de la Convención de los Derechos del Niño y de la Constitución. Por esta razón, se entrará al análisis del significado y alcances de cada uno de estos principios.

Los principios generales han sido también reconocidos en el ámbito interno por la Primera Sala al resolver la Contradicción de tesis 47/2006 en donde vincula los derechos de la Constitución sobre los Derechos del Niño con la dignidad humana:

Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la discriminación; la dedicación al interés superior del niño, el derecho a la vida; la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al

⁴⁴ Comité CRC, *Observación general No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. CRC/GC/2003/5, artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44, 2003, pp. 8 y 9.

estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

2. PROBLEMAS PARA GARANTIZAR EL DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA DIGNA

Es inminente y de manera particular, el hecho de que en nuestro sistema legal mexicano, no se puede hablar de “garantizar” derechos sin que se toque el tema de un costo, costo que se traduce en dinero, el cual a su vez, implica un gasto para el Estado, *“Holmes y Sunstein⁴⁵ confirman lo que todos sospechábamos pero que nos negábamos a admitir abiertamente: todos los derechos humanos, incluso los derechos individuales, tienen un costo. Sostienen que no hay derechos humanos sin impuestos, dado que todos esos derechos requieren para su realización y efectividad de recursos públicos”*.

Es decir, basta con ejemplificarlo pues el aparato judicial y legislativo consistente en oficina, personal, instrumentos operativos, electrónicos, materiales, papelería, etcétera, emanan de los presupuestos públicos, por lo que resultaría totalmente imposible llegar a un cien por ciento de garantía del derecho a la vivienda digna del menor, pues más del noventa por ciento de la población mexicana, tiene en sus hogares un menor, y el hecho de garantizar en su totalidad este derecho implicaría un gasto incosteable para el Estado, situación que de manera vital implica que dicho derecho no pueda verse materializado, dado el costo que significa para el Estado; sin embargo es de vital importancia hacer alusión que de una interpretación de nuestra Carta Magna, Tratados Internacionales, los cuales se han traído a colación en la presente investigación, podemos interpretar el Estado está obligado a garantizar el Derecho a la Vivienda Digna del Menor, pero esta garantía se ve mermada en cuanto a su incosteabilidad.

⁴⁵ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass; *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*; Ed. Siglo XXI

CONCLUSIONES

1.-Derivado de la presente investigación y análisis de los diversos ordenamientos jurídicos Mexicanos y de los que el Estado Mexicano es parte, se puede concluir que la carencia y reconocimiento del derecho a la vivienda digna de los menores, habida cuenta que es un derecho , que sin el cual, no se estaría proporcionado y esta protección al pleno desarrollo físico-emocional de los menores, por ende , y respondiendo a las preguntas de investigación, el Estado Mexicano carece de un órgano y/o instrumento que garantice el derecho del menor en mención, es decir, no existe un mecanismo de protección de defensa del derecho que objeto de la presente investigación. Cabe mencionar que, si bien es cierto, existen leyes y reglamentos que de una interpretación minuciosa, podemos lograr la tutela de “el derecho a la vivienda digna del menor”, sin embargo, siempre será derivado de una pugna de carácter judicial, pues como ya se menciona no existe reconocimiento de este derecho por parte del Estado Mexicano y/o Tratados Internacionales de los que este es parte.

2.- Así mismo y derivado de este análisis jurídico, se puede llegar a la conclusión, que de una interpretación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tratados Internacionales de los que México es parte, Leyes Secundarias y criterios emanados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en este afán de sobre proteger los derechos de los menores, son omisos en establecer una limitante ante terceros, es decir, si derivado de una contienda legal, bajo el supuesto que cualesquier autoridad en el ejercicio de sus funciones, intente desalojar y/o despojar a una familia dentro de la cual se encuentre un menor viviendo, afectaría de manera directa el pleno desarrollo de este menor, al estarlo privando de una vivienda digna y decorosa, estando el Estado, obligado a respetar y garantizar el interés superior del menor, dejando en una incertidumbre jurídica a un tercero, pues tal y como se ha venido aseverando, no existe limitación alguna

y/o criterio siquiera orientador de cómo el Estado debe actuar cuando se afecte el derecho a la vivienda digna del menor.

PROPUESTAS

1. Adhesión y reconocimiento Constitucional de “El Derecho a la Vivienda Digna del Menor “, específicamente en su artículo 4, o en su defecto, la creación de una Ley reglamentaria que tutele de manera expresa este derecho del menor, con el objeto de estar en posibilidades reales de garantizar este derecho, dada la inminente falta de reglamentación que se desprende del estudio de las Leyes Mexicanas.
2. Creación de Jurisprudencia y/o criterios orientadores (Tesis Asiladas) que delimiten y establezcan los alcances de “El Derecho a la Vivienda Digna del Menor” frente a terceros; es decir, es de vital importancia delimitar los alcances de este derecho, habida cuenta, que sería, como ya se mencionó, una especie de fórmula mágica, el hecho de hacer mención y/o traer a colación en un litigio el interés superior del menor, específicamente en cuanto al derecho humano de una vivienda digna, pues de ser así nos encontraríamos en una panorama donde , por el solo hecho de encontrarse bajo la tutela de un menor, sería una especie de “intocables o inejecutables” al momento de pretender ejecutar una sentencia que tienda a afectar el derecho del menor.
3. En razón a lo anterior se considera necesaria la creación de un organismo que sea el encargado de garantizar el derecho a la vivienda digna del menor, el cual haga respetar el orden jurídico que tutela este derecho de los menores, si bien es cierto, contamos con la institución del Desarrollo Integral de la Familia, este organismo no cuenta con facultades de garantizar el Derecho a la Vivienda Digna del Menor.
4. Aunado a lo anterior, se considera un requisito indispensable, que el Estado Mexicano adopte y genere las políticas públicas para garantizar el Derecho a la Vivienda Digna del Menor, mediante la destinación de presupuestos públicos en las leyes de egresos de la Federación, con la finalidad de crear instituciones que permitan acceder a este derecho, y sobre todo garantizarlo.

BIBLIOGRAFIA

1. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos parte general*, Serie derechos humanos.
2. Torres Valenzuela, Guillermo, Ensayo, Los derechos humanos aspecto procesal
3. Carbonell, Miguel, Argumentación Jurídica el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad.
4. Rawls, John, *Teoría de la Justicia*,
5. Suprema Corte de Justicia de la Nación, El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México, mecanismo de protección nacional de los derechos humanos.
6. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Memorias del II congreso internacional de Argumentación Jurídica, Argumentación Jurisprudencial*.
7. ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos.
8. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11>.
9. <http://www.miguelcarbonell.com>
10. *La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*.
11. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass; *El costo de los derechos*