

Familia junto al interés superior del niño en México

Family with the Best Interest of the Child in Mexico

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6897>

Resumen

A decir de algunos doctrinarios el concepto jurídico del Interés Superior del Niño es un concepto jurídico indeterminado, en este artículo se analiza este término desde una perspectiva sociojurídica, argumentando en todo momento que la sociedad debe involucrarse en el cuidado de la niñez, en los entornos sociales que están fuertemente enlazados de la sociedad para con la familia, para poder comprender el sentido que la comunidad internacional le ha dado al concepto de niño, menor de edad y familia; de esta manera, los tratados internacionales firmados por México y ratificados por el Senado generan en el Orden Jurídico Nacional un abanico de normas jurídicas que emanan del texto constitucional para proteger, educar y respaldar los derechos que le otorga y reconoce la supremacía constitucional, a la par de los tratados internacionales a la niñez mexicana.

Palabras clave: Familia; Interés superior del niño; Tratados internacionales; Derecho internacional privado.

Abstract

According to some doctrinaires, the legal concept of the Best Interest of the Child is an undetermined legal concept, in this article this term is analyzed from a socio-legal perspective, arguing at all times that society should be involved in the care of children, in the social environments that are strongly linked from society to the family, in order to understand the meaning that the international community has given to the concept of child, minor and family, in this way the international treaties signed by Mexico and ratified by The Senate generates in the National Legal Order a range of legal norms that emanate from the constitutional text to protect, educate and support the Rights that are granted and recognize constitutional supremacy along with international treaties for Mexican children.

Keywords: Family; Superior Interest of the Child; International deals; Private international right.

Oscar Samario Hernández

Becario del Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias. Docente Universidad Autónoma del Estado de Morelos
Contacto: oscar.samario@crim.unam.mx

Como citar:

Samario Hernández O. (2020). Familia junto al interés superior del niño en México. *Advocatus*, 18(35), 39-63. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6897>



Open Access

Recibido:

23 de mayo de 2020

Aceptado:

04 de septiembre de 2020

INTRODUCCIÓN

Integrar a la familia junto al Interés Superior del Menor, desde la célula básica que compone y articula al entorno social, representada y analizada en el presente trabajo, amalgama ambos conceptos desde la concepción del Derecho, empero, también se incluyen enormes contribuciones que la misma sociedad tiene sobre los conceptos relacionados frente a ambos, esto es también opina y forma parte de la constante labor legislativa, judicial, pero sobre todo también se involucra debido a la protección de la familia y el Interés Superior del Menor.

Aquí se incluye un análisis jurídico de concepciones internacionales sobre el concepto de Niño, desde la perspectiva que de este se tiene, y que se encuentra documentada en los tratados internacionales en los que, por supuesto, la República Mexicana es parte integral. Se incluye una descripción de la familia desde la perspectiva social, en la que se incluye una descripción conceptual que incluye un acercamiento con la sociedad.

No se debe al Derecho la facultad de elaborar cada concepto relacionado con el entorno social, sino más bien partir de la generosa idea de que al elaborar las expresiones plasmadas en la norma jurídica, inicia con; términos jurídicos, seguidos de las realidades sociales, considerando las normas vigentes, para establecer una armonía frente a la realidad social imperante. Así, la tarea del legislador en su actuar, mediante el proceso legislativo para la creación de las leyes, deberá

constatar la realidad social sobre el ámbito de aplicación de la norma (Revetllat, 2008).

De esa tarea, la enorme concepción social que emana dentro de las descripciones, opiniones, referencias que se tienen sobre quien integra en el desempeño de sus funciones como legislador debe seguir lo recomendado por Aristóteles, cuando cuestiona los diversos cambios legislativos, sugiriendo que los mismos han de “requerir mucha precaución”, ya que se puede afectar la estabilidad de un orden social moralmente relevante (como se cita en Ollero, 2009, p. 18).

La sociedad es dinámica, dentro de esa dinámica imprime la exigencia de cambio y perfeccionamiento del derecho. Esto es un hecho que pone de manifiesto, en términos modernos, el carácter evolutivo de lo jurídico. El reforzamiento de los DDHH, no sólo en los ámbitos legislativos, sino también en su garantía y efectiva aplicabilidad por parte de los poderes judiciales, lo que representa una considerable muestra del impulso del Derecho por tratar, cada vez más, de responder a los nuevos retos de la sociedad. Y, en la misma línea, se encuentra el compromiso de los juzgadores con el perfeccionamiento de impartir de justicia.

De lo anterior sobre los constantes y los más diversos cambios, desde una prospectiva particular en la que se espera que sean estos los cimientos de la ciencia del Derecho, cuya finalidad sea perfeccionar su adecuada aplicación; se tiene en consideración que estos ocurren de forma sistematizada con mayor frecuencia en la actualidad, en donde los fenómenos de la globa-

lización y las diversas etapas de la modernidad, requieren de constantes actualizaciones, tanto de las normas, leyes, tratados, como de aquellas disposiciones de orden legal, ejemplos como los ya mencionados, deben de igual forma ser analizados de nueva cuenta, siempre que estos sean en función de establecer los beneficios sociales que reclaman las nuevas composiciones, de las diversas y variadas culturas que convivimos en el presente.

CONCEPTO DE NIÑO

El concepto de niño dista mucho de ser objetivo o universal. Ya sea porque cada sociedad, cada cultura, cada forma de vida, define explícita o implícitamente qué debe entenderse por niño / infancia / menor, cuáles son sus características, y, en consecuencia, qué periodos comprende.

Tal afirmación consiste en declarar que el concepto *niño/a* no es natural, sino cultural, solo baste recordar que se está utilizando el termino *niñ@*, para denominar por igual a niños y niñas, histórico, aunque sobre una base natural, y por tanto varía culturalmente la percepción que se tiene sobre él.

Dentro de la historia de la humanidad, la concepción que se ha tenido respecto de los niños ha ido evolucionando. Así, la noción de infancia / niños, emerge definitivamente solo después de la Revolución Industrial (Revetllat, 2008, p. 79). La idea, por ejemplo, del niño como sujeto de derechos, se reconoce a partir de la aprobación por la Asamblea General de

las Naciones Unidas de la Convención de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989.

Del anterior ordenamiento tomaremos como plataforma tanto al Interés Superior del Niño, considerándolo como principio rector de interpretación fundamental que contempla el deber del Estado de colocar el interés del niño por encima de toda medida adoptada cuando en ella se vea involucrado su desarrollo tanto físico como emocional, de aquí que se justifica el haber hecho mención al artículo anterior en su inciso (a) (Serra, s.f. p. 80).

La Convención sobre los Derechos del Niño ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, ha expresado que el interés del niño debe estar en el centro de cada decisión, incluso en situaciones extremas. Este interés superior del niño debe ser un “mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria” (Cillero, s.f.).

El Interés Superior del Niño es imperativo, es decir, no existe ningún supuesto que lo limite o lo condicione a otros ordenamientos, o sea debe en todo momento el de ser considerado como una constante y reiterada obligación de carácter imperativo hacia las autoridades, que deben asumir en su totalidad, toda disposición en concordancia, en el texto íntegro, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a la protección del menor/ niño, inmerso en el seno familiar, los ordenamientos

jurídicos de su protección se encuentran dentro del catálogo de los llamados Derechos Sociales, los que parten de los textos constitucionales y los convenios internacionales, de nueva cuenta en el siglo xx. Para la regulación constitucional en Europa se encuentra establecida en los siguientes ejemplos:

Artículo 36 de la Constitución portuguesa de 1976¹

(De la familia, el matrimonio y la filiación)

1. Todos tienen derecho a formar familia y a contraer matrimonio en condiciones de plena igualdad.
2. La ley regula los requisitos y los efectos del matrimonio y de su disolución, por muerte o divorcio, independientemente de la forma de celebración.
3. Los cónyuges tienen los mismos derechos y deberes en cuanto a la capacidad civil y política y al mantenimiento y educación de los hijos.
4. Los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden, por este motivo, ser objeto de ninguna discriminación, y ni la ley ni las dependencias oficiales pueden usar designaciones discriminatorias en materia de filiación.

¹ Puede verse mayor información en <http://www.congreso.es/consti/otras/europea/flash.html> Créditos: Portugal: María Rosa Ripollés Serrano, Coordinadora. Constitución: 25 de abril de 1976, revisado el 30 de octubre de 1982, 1 de junio de 1989, 5 de noviembre de 1992, 1997, 2001 para el tribunal penal de la Haya y 2004 para las autonomías de Azores y Madeira, 2005 Para permitir el referéndum sobre la Unión Europea. Fecha de consulta 14 junio 2020.

5. Los padres tienen el derecho y el deber de educar y mantener a los hijos.

6. Los hijos no pueden ser separados de sus padres, salvo cuando éstos no cumplan con sus deberes fundamentales para con ellos y siempre por decisión judicial.

7. La adopción está regulada y protegida en los términos que establezca la ley, la cual debe determinar formas rápidas para la tramitación respectiva.

Artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949²

Matrimonio y familia

(1) El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal.

(2) El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento.

(3) En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de sus familias en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber.

² Puede verse mayor información en <http://www.congreso.es/consti/otras/europea/flash.html>. Coordinadora: María Rosa Ripollés Serrano, Alemania: Mariano Daranas Peláez. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Constitución de 23 de mayo de 1949*, con la última modificación de 29 de julio de 2009.

(4) Toda madre tiene derecho a protección y a asistencia de la comunidad.

(5) La legislación asegurará a los hijos habidos fuera de matrimonio las mismas condiciones que a los habidos dentro de matrimonio para su desarrollo físico y espiritual y en su posición social.

Artículo 29 de la Constitución italiana de 1948³

TÍTULO II—DE LAS RELACIONES ÉTICO—SOCIALES

La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio.

El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia.

En cuanto a las Declaraciones Internacionales:

Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴

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.

Artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder 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. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período 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 Puede verse mayor información en <http://www.congreso.es/consti/otras/europea/flash.html>. Créditos Italia: Federico de Montalvo Jääskeläinen. Constitución de la República Italiana de 27 de diciembre de 1947 actualizado con su última reforma de 2 de octubre de 2007. Fecha de consulta 14 de junio 2020.

4 Puede consultarse más información en <http://www.westlaw.es.trauss.uc3m.es> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Disposición Vigente Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril 1977—RCL\1977\893

5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disposición Vigente Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 27 de abril 1977—RCL\1977\894.

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. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra 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 será sancionado por la Ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la Ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

También se encuentra regulado a lo largo de cada principio de un total de diez, contemplado en la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 (Organización de Estados Americanos -OEA, s.f.).

En lo que a la República Mexicana se refiere, es el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al momento el precepto ha sido reformado en dieciséis ocasiones, la primera de ellas data en la publicación en el Diario Oficial del Federación (DOF) del 31 de diciembre de 1974 y las recientes de 8 de mayo 2020. Los principios contenidos en la redacción actual del artículo son: La igualdad de la mujer y el hombre; protección de la familia; en cuanto a los hijos la decisión sobre el número, de una manera responsable, por igual a su esparcimiento; los siguientes son derechos para toda persona: alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, con garantía

del Estado mexicano; protección a la salud; medio ambiente adecuado; vivienda digna y decorosa; acceso a la cultura y deporte.

Corresponde a la reforma del 12 de octubre del 2011 con las modificaciones y adiciones al contenido de los párrafos sexto y séptimo para garantizar el interés superior de la niñez.

Es a partir de la reforma de constitucional del 7 de abril de 2002 que impone la obligación al Estado de satisfacer las necesidades mínimas de esta población para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. Así, de esta nueva redacción se establece la igualdad de derechos de la niñez para con los adultos relatando entre ellos el interés superior del niño. Las políticas públicas y las obligaciones de los que alrededor de los niños están vinculados tanto por razón familiar como por obligación jurídica permiten una adecuada supervisión de la protección de los derechos a su alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

De enorme importancia y consideración se debe acudir al análisis de la sesión de 10 de octubre de 2011, en la que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el acuerdo 12/2011 en el que se determinan las bases de la décima Época del Semanario Judicial de la Federación. Dentro de las consideraciones de este acuerdo se tienen en cuenta, por su importancia las reformas constitucionales de 6 de junio a los artículos 94, 103, 104 y 107, y aquella otra de 10 de junio en la que se modificó el Capítulo I, Título I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos CPEUM en materia

de Derechos Humanos, y los artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, s.f.).

CONCEPTO DE MENOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño.

En 1959, ante la necesidad de una directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño.⁶ Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan solo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan solo nueve meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención.

Esto último, perfectamente se podría constituir un claro indicador del carácter consuetudinario de las normas sobre derechos de los niños contenidos en la Convención de los Derechos de los Niños (CDN). En la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, comenzaremos su estudio y análisis de su articulado a continuación. Esta es la primera convención en defender los derechos de los niños, y no conforme con ser pionera en su materia, nos ofrece la conceptualización del niño, esto con la finalidad de facilitar su identificación y así salvaguardar sus derechos y su interés superior (art. 1º). Aunado a lo anterior, esta misma convención nos da la pauta del interés superior del menor, haciendo mención que este será de una consideración primordial a la que deberá de atender toda autoridad y organismo del Estado (art. 3).

Dicha Convención nos indica mediante qué supuestos el menor podrá ser retirado de su familia de origen; el cual, solamente podrá ser decretado cuando sea contrario a su interés superior. Sin embargo, otorga la posibilidad que este, el menor, pueda estar en contacto con

⁶ http://www.un.org/depts/dhl/spanish/children_day/index.html Fecha de consulta: 30 noviembre 2010. Este enlace es directamente a la página de la Organización de las Naciones Unidas en donde se pueden consultar los diversos ordenamientos aquí referidos.

su familia, claro, siempre y cuando, no afecte o sea contrario a su interés superior (art. 9).

Retomando y continuando con la protección sobre el menor, los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitas del menor. Esto con el objeto de reintegrarlo o evitar que ocurran estos hechos ilícitos, que afecten su desarrollo y su vida, así como el proteger al menor incluso de sus padres (art. 11).

La autoridad competente no solo velará por los derechos del menor, sino también porque el menor pueda emitir su voluntad en las situaciones que le rodean. Dicha emisión de la voluntad deberá ser realizada ante la autoridad competente, y esta lo valorará dependiendo de la edad y grado de madurez del menor (art. 12).

El Estado también velará porque la familia del menor le otorgue un desarrollo óptimo, sin embargo, en los casos que esto no ocurra, el mismo Estado podrá privar al menor de esta familia, obedeciendo su interés superior. Y, de ser necesario, lo reintegrará, pero a una familia distinta por medio de la figura de la adopción o figuras afines (arts. 18 y 20).

El Estado también velará porque la adopción y su reconocimiento en diverso Estado sean en cuanto al interés superior del menor, del cual observará que este interés será la consideración primordial; así como la equivalencia de las salvaguardas del país receptor del menor. (art. 21). Estas salvaguardas tendrán la finalidad de proteger al menor en contra de cualquier abuso

o explotación de cualquier tipo en su contra (art. 34). Esta protección también deberá alcanzar de manera multicultural la protección del menor, impidiendo el secuestro, venta o trata (art. 35).

De esta manera, el Estado estará obligado a vigilar muy de cerca este tipo de conductas nocivas para el menor. Como medida adicional, el Estado, en caso de no ser capaz de evitar dichas conductas, tendrá la obligación de proporcionar las herramientas necesarias para la recuperación del menor y, de esta manera, alcanzar el mejor desarrollo y recuperación posible, en atención a su interés superior (art. 39).

Por lo anterior, es necesario considerar que los menores son considerados dentro del grupo vulnerable de la sociedad, que por sus especiales circunstancias, están expuestos a la violación de sus derechos como seres humanos; a ellos y a su respeto están encaminados los esfuerzos de la comunidad internacional; ella y los Estados en particular tienen una responsabilidad especial a este respecto, no solo por lo que toca a su protección en general, sino porque deben tender a satisfacer sus necesidades elementales y a proporcionarles una calidad de vida que les permita sustraerlos de actividades peligrosas, así como los abusos, conscientes o inconscientes, a los que están expuestos.

El creciente número de adopciones, en países europeos, de niños procedentes de países asiáticos o americanos; la falta de información respecto de los procedimientos de adopción en el extranjero, que muchas veces ocultan la creciente actividad delictiva; el hecho de la

privación de la libertad en la que muchos de los menores trabajaban; la cantidad de menores trabajadores en muchas partes del mundo, son algunos hechos y datos que preocupan a la comunidad internacional (Triguero, 2001). Ante tal situación, la ONU se dio a la tarea de emitir un documento que se ocupara del problema, en el cual se consagran los derechos fundamentales de los menores de edad. El resultado de esa iniciativa fue la elaboración de la Carta de los Derechos del Niño que en México se promulgó el 25 de enero de 1991. A partir de esta fecha, se empezaron a estudiar proyectos de ley y de convenciones internacionales que fueron ampliando los supuestos y particularizando los principios generales de la Carta Inicial.

Muchos países, entre ellos México, se abocaron a modificar sus sistemas jurídicos con objeto de recoger los principios emanados de ese instrumento internacional y de revisar sus propios ordenamientos, para ofrecer sistemas más amplios y efectivos de protección de los menores, atendiendo siempre al principio general de dar prioridad, en todos los casos, al interés y beneficio del menor.

En el área latinoamericana este esfuerzo se canalizó a través de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho internacional Privado (CIDIP), bajo el auspicio de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en las que participan, además de los Estados que son parte de las Conferencias, y algunos otros que asisten en calidad de observadores o de invitados. En tales foros se muestra el interés no solo por proteger al menor, sino también

por determinar quiénes son menores; pero, dar un concepto de menor es una tarea difícil, pues como veremos a continuación, los tratadistas en Derecho Internacional Privado tampoco se han puesto de acuerdo, y ni siquiera en las mismas convenciones internacionales sobre la materia se encuentra unificación de criterios al respecto. Es evidente esta falta de unidad, ya que la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores en su artículo 3 que se transcribe con fiel tenor, establece: “Artículo 3. La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado así como cuáles son los procedimientos y formalidad extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo” (OEA, 1984 como se cita en Pereznieta, 1998, pp. 291-295).

En tal sentido, se comprende que la minoría de edad se tomará conforme lo declara la ley de la residencia habitual del menor, siguiendo el precepto en derecho internacional, la ley rige al acto, esta ley que puede ser, conforme a la interpretación del artículo transcrito, la ley nacional del menor o la ley de su residencia habitual, la que podría ser la nacional o la de un Estado extranjero; en México ya hemos visto en el apartado anterior que la menor edad se tiene hasta antes de cumplir dieciocho años de edad.

En la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores,⁷ su artículo 2º, que a continuación se transcribe fielmente,

⁷ Véase texto completo de la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” en el Anexo II.

expresa: “ Artículo 2. Para los efectos de esta convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad”.

Esta convención, vigente en México, determina la minoría de edad hasta los dieciséis años, por lo que salta a la vista la diferencia respecto a la menor edad que establecen las leyes mexicanas, es decir, a los dieciocho años; se presenta entonces el dilema de cual norma jurídica acatar. En respuesta, se establece que la ley fundamental de la República Mexicana, es decir su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es superior a los Tratados Internacionales; la Convención en cita es un tratado, pero si se analiza desde la amplia posición de la teoría Monista Internacionalista, como creemos que es la que México adopta, tendríamos que aceptar lo que dispone la citada Convención; además porque México no presentó reserva a los artículos 27 y 46 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados que a la Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (DOF, 18 de noviembre de 1994 como se cita en Pereznieto, 1998, pp. 341-348) nos señala:

Artículo 27. El Derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.

Artículo 46. Disposiciones de Derecho Interno concerniente a la competencia para celebrar tratados.

I.- El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho Interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio del consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno.

II.- Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforma a la práctica usual y de buena fe (ONU, 1969 como se cita en Arellano, 1993, pp. 708 – 713).

Por otra parte, la Jurisprudencia de la Corte dictada con fecha 28 de octubre de 1999, sustenta que los Tratados Internacionales tienen en México una jerarquía de un grado inmediatamente inferior a la Constitución Federal y un grado superior a las leyes federales.

Es conveniente anotar que esa edad de 16 años con seguridad se refiere únicamente a los casos sobre la restitución internacional de menores con la finalidad que se expresa en su artículo 1º y, como señala el artículo 2º, para los efectos de esta convención.

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (s.f.) en su artículo 2º, inciso a) Esta convención se aplicará a cualquier menor que resida habitualmente en un Estado parte o se encuentre en un Estado parte en el momento en que ocurra un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

Para los efectos de la presente convención: a) Menor significa todo ser humano cuya edad sea inferior a los dieciocho años (OEA, 1989 como se cita en Pereznieta, 1998, pp. 342 – 348).

Es evidente la coincidencia de la minoría de edad que establece esta Convención con lo que también dispone la Constitución Federal de México y las leyes federales o locales al respecto, pero, también conviene aclarar que la Convención en cita, por nuestra fuente de información hasta la fecha tiene pendiente la aprobación del Senado y por supuesto las otras fases del procedimiento para entrar en vigencia.

La Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, adoptada en la Conferencia de la Haya con fecha 29 de mayo de 1993, vigente en México, en su: “Artículo 3°. La convención deja de aplicar si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17 Apartado c) antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años (Pereznieta, 1998, pp. 331 – 342). Fácilmente se advierte la coincidencia de la menor edad como se determina en nuestra Ley Fundamental y la Convención de mérito aclarando que también es aplicable esta última solo a los casos de adopción internacional, ámbito de aplicación que se especifica en sus artículos 1° y 2°. En la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en la Haya, Países Bajos, el 25 de octubre de 1980 vigente en México, en su artículo 4° por interpretación y a contrario sensu advierte que la minoría se establece hasta los dieciséis años.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en México fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el 19 de junio de 1990, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el 10 de agosto de 1990, cuya observancia es obligatoria por expresa disposición del artículo 133 de la Constitución General de la República, y de cuyos artículos 2, 3, 9, 12, 19, 20, 21 y 27 se desprende que 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, así como la importancia fundamental que tiene el menor de crecer bajo el amparo y responsabilidad de los padres, y particularmente rodeado de afecto, seguridad moral y material; además, en dicha Convención se proclama el derecho del niño a recibir la oportuna y debida educación, dado que el interés del niño resulta un principio rector en quienes tienen la responsabilidad de su educación y alimentación.

Esta Convención sobre los Derechos del Niño determina la minoría de edad a los dieciocho años de edad a menos que, por la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad que le pudiera ser aplicable, adquiera antes la mayoría de edad; esta última aseveración se desprende como una interpretación y análisis personal del artículo que a continuación se transcribe con fiel tenor: “Artículo 1.–Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño

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” (ONU, 1989 como se cita en Summa, 2002, p. 51).

Con lo transcrito, se refuerza nuestra aseveración expuesta al iniciar el presente apartado, lo que puede comprobarse con la consulta de las convenciones referidas (Contreras, 1998; Pereznieta y Silva, 2004). Es considerable destacar, por su aplicación en México, dos tratados que regulan la adopción internacional: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, celebrada en la Paz, Bolivia, en mayo de 1984⁸ y la Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional adoptada en La Haya, Países Bajos, el 19 de mayo de 1993.⁹ Además, el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU¹⁰ se refiere, en forma concreta, a la adopción tanto nacional como internacional. En adelante, se hará referencia a ellas como la Convención Interamericana, la de La Haya o la Convención de la ONU.

La Organización de Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración

8 El 6 de febrero aparece en el Diario Oficial de la Federación DOF la aprobación de la Convención y el DOF del 21 de agosto del mismo año publica el Decreto de Promulgación de la Convención y el texto. A la fecha solo Bolivia, Colombia y México la han firmado.

9 Esta Convención aparece publicada en el DOF del 6 de julio de 1994.

10 El DOF del 31 de julio de 1990; publica el Decreto por el que se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York y el DOF del 25 de enero de 1991 publica el Decreto Promulgatorio.

Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales sobre el mismo tema, que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, pero, además, se hace hincapié en que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.

Después de haber expuesto los conceptos de menor conforme al Derecho convencional, estamos en consideraciones de emitir nuestro concepto en los siguientes términos. En el Derecho Internacional Privado, el ser humano es considerado menor de edad cuando sin haber cumplido la edad de dieciocho años, se encuentra dentro de las disposiciones legales que así lo refieren dentro del Estado y su ley fundamental, la que al ser respetada por todos los demás, sin perjuicio que para los casos concretos se apliquen las disposiciones del derecho convencional en la materia y ámbito que el mismo determine.

Es de reconocimiento que, en los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al abordar temas relacionados con los derechos de los menores, basa su actuar en la normativa que al respecto establece la Convención Americana de Derechos Humanos y bajo un enfoque integrador y sistemático, a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y a otros instrumentos internacionales vinculados con los derechos del niño, a saber, la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Corte ha contribuido de manera clara y oportuna señalando los criterios básicos en torno al contenido de un principio cardinal en materia de derechos del menor, nos referimos al principio del interés superior del niño.

El principio del interés superior del niño considera como elementos claves la dignidad del ser humano y las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño, tomando en cuenta la necesidad de propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que este principio esencial en materia de derechos del niño, es el cimiento para la efectiva realización de todos sus derechos humanos.

En definitiva, el principio del interés superior del niño o del bienestar del niño o del mejor interés del niño, niña o adolescente es un principio compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio, los padres, la sociedad y el Estado. En este orden de cosas, la función judicial –como parte de la estructura estatal– debe tomar en consideración estos criterios propuestos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH, especialmente al resolver conflictos donde esté involucrado un niño, niña o adolescente.

Tal es el tema que propone el presente artículo en donde, además de exponer algunos antecedentes, se estudian y analizan las con-

venciones internacionales generadas en la Conferencia de la Haya Países Bajos sobre Derecho Internacional Privado, así como en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, como principales instrumentos jurídicos internacionales para solucionar de forma adecuada la sustracción internacional de menores, y regular el subsecuente procedimiento para la restitución internacional de menores.

Para la generación de acuerdos internacionales como los anteriores, el interés superior del menor o de la infancia, ha permitido que los derechos fundamentales de menores como lo es la conservación, suspensión o pérdida de la patria potestad, alimentos, custodia, régimen de visitas, reconocimiento de paternidad, adopción, tutela, y demás instituciones jurídicas relacionadas, se analicen constantemente. De esto último, debe ser motivo suficiente cumplir con el objetivo para llegar al exacto conocimiento de lo que representa el interés superior del menor y cuál es su alcance jurídico, como lo es para quienes, interesados en la constante actualización y evolución del derecho como ciencia. Ya he mencionado que la infancia debe desarrollarse dentro de un núcleo familiar y por ende se concibe a la familia como célula básica para su desarrollo integral. En el presente trabajo la palabra menor es utilizada con y para los niños, las niñas y, por ende, para los adolescentes, de conformidad con los tratados internacionales como el grupo colectivo vulnerable.

La conceptualización del interés superior del menor y su defensa legal surge en la Convención

de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Niños de 1989, la cual expone, que este interés será la consideración primordial. El interés superior del menor: es la atención que el Estado debe proporcionar a la infancia para efecto de garantizar su desarrollo integral, tanto físico como emocional, que les permita alcanzar la edad adulta y una vida sana (Pujol, s.f., p. 2).

La profesora Marina Vargas, nos ofrece el tercer concepto en el que nos dice que es: un concepto jurídico indeterminado y que como tal es precisamente la aplicación en concreto al caso lo que permite dilucidar su contenido, esta aplicación se la dará el juez que haga de la ley (Pereznieta y Silva, 2000, p. 151).

Durante el seminario-taller Teoría y práctica de la adopción internacional, impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se contemplaron los siguientes conceptos: 1) la integración familiar, 2) una familia funcional, 3) que el menor reciba un buen trato, 4) una educación, y 5) el no desarraigo del menor de su lugar de origen (González, 2002, p. 34).

Otros criterios adicionales, que se deben tomar en cuenta, son: la edad del menor, las circunstancias económicas del adoptante (es), las circunstancias físicas, sociológicas, religiosas. Al interpretar el *interés del menor* hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica (Herrán, 2004, p. 53).

Para precisar doctrinalmente la noción interés del menor, su referencia se ha de proyectar a

futuro. El menor es una “persona humana en devenir” (Rivero, 1996, p. 156 como se cita en Herrán, 2004, p. 54) y, por lo tanto, en atención a su interés se tendrá que adoptar aquella decisión que mejor asegure el desarrollo de su personalidad (Vargas, 1994, p. 4 como se cita en Herrán, 2004, p. 54).

Los artículos 4º y 133º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal, al igual que en la Ley para la Protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, en su artículo 3 fracción I, señalan puntualmente el Principio del Interés Superior del Menor y su resguardo, comprendidas en el párrafo noveno:

Artículo 4o. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez (DOF, 18 de marzo de 1980).¹¹

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece un principio de igualdad y seguridad jurídica en torno a la familia al afirmar que: La mujer y el hombre son iguales

¹¹ Reformado dof del 7 de junio de 2000 y dof de 12 de octubre de 2011.

ante la ley. Ésta protegerá el desarrollo y organización de la familia.

Luego, entonces, la garantía establecida en el artículo 4° constitucional implica tres elementos: el primero, que consagra la igualdad entre mujeres y hombres; el segundo, el derecho de los particulares a formar, organizar y desarrollar una familia; y el tercero, el deber del Estado de regular esta actividad de forma que se salvaguarden y se garanticen los derechos de todos los integrantes de la misma. Por otro lado, respecto a la ampliación de la familia y los derechos y obligaciones que de ello derivan, el mismo artículo, como ha sido transcrito las establece.

Con motivo de los compromisos del gobierno mexicano adquiridos a través de los programas nacionales y en particular con respecto a los derechos de los niños, se han hecho adiciones al artículo 4° constitucional que fundamentalmente se refieren a la protección social que se les debe dar a éstos. Como se ha hecho notar en el comentario al párrafo anterior.

Así mismo, se incluye una disposición, la cual se encuentra en el espacio del derecho de familia, en cuanto al ejercicio de la patria potestad y de los derechos y las obligaciones que de ella derivan. Dicha adición se refiere al deber de los padres tutores, o de cualquier persona que tenga a su cargo a un menor de edad en los términos de ley, de garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos sociales –arriba mencionados– a los menores de edad: los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar

y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.¹²

En este sentido, los dos últimos párrafos de la disposición constitucional se refieren a las obligaciones que el Estado adquiere para adoptar medidas eficaces para proteger a este grupo vulnerable y para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo artículo:

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.¹³

Otro precepto constitucional fundamental es el artículo 1°, que establece de forma clara y precisa el reconocimiento al derecho a la igualdad para todas las personas dentro del territorio nacional, y que debe ser reconocido, respetado y protegido tanto por el Estado como por cada hombre y mujer en el mismo. Esto se plasma en el texto:

12 Párrafo adicionado en el dof de 7 de abril de 2000. Reformado DOF de 12 de octubre de 2011.

13 Párrafo adicionado dof del 18 de marzo de 1980. Reformado DOF de 7 de abril de 2000, dof del 12 de octubre de 2011.

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.¹⁴

El artículo fue reformado y adicionado con un último párrafo en enero de 2001, la redacción que se ha transcrito es la reformada el 10 de junio de 2011 que junto con el Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I Del Título Primero, por el *De los Derechos Humanos y sus Garantías* (DOF, 10 junio de 2011), actualiza y da validez formal a los Derechos Humanos y coloca en segundo plano al antiguo termino de *Garantías*, permaneciendo aquello de la prohibición a la discriminación, como un principio general de igualdad.

Con ello se procuró, igualmente, establecer conceptos que guardaran una congruencia con los criterios expresados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por México, respecto al derecho a la igualdad y a la no discriminación establecidos en los primeros artículos de los mismos, ya que se trata de supuestos indispensables en un Estado de derecho moderno que se considere como democrático, así como de asumir y respetar las políticas internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, consi-

derando que, en la actualidad, las relaciones entre los Estados que forman la comunidad internacional están supeditadas al reconocimiento, respeto y protección de los mismos.

Es así como, al señalar que la firme tendencia del legislador en México, ante el reclamo social imperante en el país ha paulatinamente adicionado, modificado, derogado diversos preceptos legales, de conformidad al entorno mundial en el que formamos parte. En la actualidad, los tratados internacionales, en donde de manera significativa las sentencias, opiniones, consultas, entre otras, con las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, marca una directriz jurídica que deberá ser tomada con una alta consideración por naciones como México. A este último respecto me permito transcribir parte de la opinión consultiva OC – 17/02;

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

Resultado pues de lo anterior tanto en la CPEUM, como en la opinión consultiva deberá ser el

14 Párrafo reformado DOF 10-06-2011

Estado y la sociedad los encargados de cumplir y preservar los derechos de los niños.

Revisemos para el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en su artículo 23, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere, en su artículo 17, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la misma y el Estado.

La Convención también señala en su capítulo II, de los Derechos Civiles y Políticos, que:

Artículo 4°. Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 5°. Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Artículo 7°. Derecho a la libertad personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales.

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y el reconocimiento de su dignidad.

Artículo 19. Derechos del niño

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

Artículo 24. Igualdad ante la ley

1. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.

Por último, debemos considerar dentro de este análisis las coincidencias que ordenamientos vigentes nacionales cuyo contenido en tratándose de derechos de los menores contiene disposiciones similares a lo anterior, en canto al Código Civil Federal, en su capítulo V: De la Adopción en su Sección Primera señalada como, Disposiciones Generales, en su “artículo 390.-II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma”, y en la Sección Cuarta, denominada: De la Adopción Internacional, se encuentra contemplado lo siguiente en el precepto:

Artículo 410 E.- La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se regirá por los tratados internacionales suscritos

y ratificados por el Estado Mexicano y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código.

Contemplado en la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en Título Primero, Disposiciones Generales, establece:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional, y tiene por objeto; Fracción I. Reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, con capacidad de goce de los mismos, 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;

Artículo 3. La Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, concurrirán en el cumplimiento del objeto de esta Ley, para el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas públicas en materia de ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como para garantizar su máximo bienestar posible privilegiando su interés superior a través de medidas estructurales, legales, administrativas y presupuestales.

¿FAMILIA O SOCIEDAD?

Pedro-Juan Villadrich (2002, p. 41) en su obra *El pacto conyugal*, refiere que en el siglo XIII

Santo Tomas de Aquino,¹⁵ “*en su habitual exactitud*”, la causa del matrimonio es el pacto conyugal; su esencia es el vínculo, a esta primer etapa la llama el Santo “*conyugio*”. La segunda es causa de la anterior que es el desposorio, “*nupcias*”, de “*nubo*” (velarse o taparse), pues en el acto solemne los contrayentes se cubren con un velo las cabezas, por último, son sus fines en concordancia con las dos anteriores deberá surgir el efecto (el fin), la procreación y educación de la prole, en consideración a estos se llama matrimonio.

Para el termino matrimonio expresa el autor; matrimonio, proviene de la conjunción de las palabras latinas, *mater* (madre) y *munus* (oficio) y de ahí “matrimonio” como oficio de la madre en el sentido de concebir, gestar y alumbrar a los hijos. El autor cita la consideración anterior de la que funda la parte central de su libro, ahora bien, existen algunos argumentos de igual importancia y significado, se requieren analizar. Por lo que se debe mantener en estricto apego a este análisis el orden de los argumentos que son presentados en el libro, para de esta forma no hacer mayor distinción que la que hasta el momento ha sido realizado. Coincidiendo pues con el primer argumento, el autor antes citado inicia pues con la siguiente paradoja:

¹⁵ Es conocido también como Doctor Angélico o Doctor Común, y es considerado santo por la Iglesia Católica. Su trabajo más conocido es la Suma Teológica, tratado en el cual pretende exponer de modo ordenado la doctrina católica. Canonizado en 1323, fue declarado Doctor de la Iglesia en 1567 y santo patrón de las universidades y centros de estudio católicos en 1880. Su festividad se celebra el 28 de enero. http://es.wikipedia.org/wiki/Tom%C3%A1s_de_Aquino Fecha de consulta: 18 de junio 2020.

Existe un significativo paralelismo entre la situación de la familia y la de los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Pero al mismo tiempo, en virtud de una inquietante paradoja, la familia y los derechos humanos son objeto o y de constantes y gravísimas violaciones (Viladrich, 2002, p. 7).

Ahora bien, se señala que lo anterior ocurre en el mundo contemporáneo, razón suficiente para resaltar que en etapas anteriores a esta no solo no existió la correlación entre la familia y los derechos humanos, ya que a medida que retrocedemos en el tiempo, concluiremos en y una ni la otra existieron. Y es hasta esta época junto a su pasado reciente, cuando en la búsqueda de una mejor fórmula, en la que han participado las diversas ciencias sobre alternativa familiar, propuestas de las grandes ideologías filosófico-políticas, literatura de ensayo y divulgación, políticas demográficas de los Estados y de los organismos internacionales entre otros que señala el autor, en donde de igual forma incluye al Derecho de familia.

En donde encuentra un “Sin embargo”, la familia no lo es en esta mejor fórmula, por el contrario, “coincide en nuestra época con una degradación” (Viladrich, 2002, p. 8), citando entre otros los siguientes ejemplos: el descenso de la tasa de matrimonios contraídos y de la natalidad, abortos, niños abandonados y maltratados, suicidio infantil juvenil, delincuencia, drogadicción, alcoholismo, delitos sexuales, entre otros diversos ejemplos. La nueva paradoja se presenta ahora hacia los DDHH, es en donde se han hecho contribuciones, es el lugar en el

que la gran parte de la sociedad contribuye con ideas, fijando objetivos, señalando metas es en ese mismo lugar en donde, parecen recogerse pésimos resultados, incrementándose su presencia en todas las sociedades, generando en todos aquellos que han participado y aún participan en favor de los derechos humanos, desencanto e impotencia que está a un paso de convertirse en conciencia colectiva de frustración.

El matrimonio analizado como unión conyugal es una realidad natural; este origen natural es la familia, de estilo es matrimonio, el conjunto de la naturaleza personal de los contrayentes. Sin la existencia de masculinidad y feminidad, no existe matrimonio, por consecuencia no existe familia. Contrario a lo anterior, cuando hombre y mujer se encuentran en la célula social que es la familia, resaltará el matrimonio, luego entonces lo anterior será representativo de la sociedad y humanidad. Esto último sirve de sustento ahora para hablar de la diferencia entre matrimonio real y apariencia legal (Viladrich, 2002, p. 13).

Siendo regulado por un ordenamiento jurídico, faculta al Estado a efectuarlo, bajo consentimiento firme de los contrayentes. Viladrich (2002, p. 15) considera que en el ámbito jurídico dominante en la actualidad, en donde las formulas sobre los requisitos, formalismos, solemnidades y legalidad, han provocado la pérdida de su originalidad en el sentido más real y más natural del verdadero matrimonio, por tanto se debe insistir en cuanto a la naturaleza del matrimonio y en su origen natural, la cual se presenta como unión conyugal, previa

a toda ley, a todo acto jurídico, a toda legalidad. Por lo que resulta adecuado transcribir lo siguiente: “[...] cuando el legislador la regula para garantizar su ordenado ejercicio, no debe desvirtuar esa realidad natural incluyendo la de un artificio legal, como tampoco debiera cambiar, con las leyes, las líneas maestras de lo que el matrimonio es una exigencia de la naturaleza” (Viladrich, 2002, p. 16).

Sin embargo, no podemos pasar por alto que los legisladores, nos presentan expresiones engañosas como: *matrimonio entre personas del mismo sexo*; esto no existe ni podrá existir jamás en la realidad natural del matrimonio. Será cada vez que estos se presenten una adulteración, que desvirtúa el término matrimonio, convirtiéndolo en una *simple situación legal* (Viladrich, 2002, p. 17). De todo lo anterior, estamos en condiciones de señalar, que ni las leyes, ceremonias o solemnidades, incluyendo los documentos legales, por ningún motivo representan el otorgamiento, del hombre hacia la mujer, de la esposa para con su esposo, de que él *sí* que se da en el matrimonio. Aunado a esto, ningún funcionario, ninguna ley, ninguna formalidad, tiene el poder mágico de convertir a una mujer y un hombre en *esposos* (Viladrich, 2002, p. 33). Solo lo hacen los contrayentes, solo lo hicieron los ahora esposos.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

¿Es solo interés superior del menor o discurso político? En el Estado de Morelos al menos, según un la publicación periodística, existen más de 10 000 niños que viven en las calles

(Ramírez, 2010), los diversos gobiernos por supuesto tiene sus propias cifras las que distan por supuesto de aquellas.

Pero toda vez que la respuesta al cuestionamiento anterior con estos simples y sencillos ejemplos parece de los más obvia, no es aquí donde nos quedaremos conformes, aun cuando el tiempo entre una publicación y otra, de nueva cuenta nos confirmen que nada se hace por los niños que *viven en las calles*, manifestado de esta manera por las Comisiones de Derechos Humanos, nacional y Estatal o *en situación de calle*, por el Gobierno.

TRATADOS INTERNACIONALES

Las Normas Jurídicas Internacionales que constituyen el marco legal del Derecho Internacional Privado, así como los tratados internacionales son las principales formas de llevar a cabo el orden entre las naciones y más específicamente, entre situaciones jurídicas concretas en las cuales se esté en la posibilidad de la aplicación de las normas jurídicas de un Estado u otro, atendiendo a la pluralidad de nacionalidades de los sujetos de la relación jurídica a dirimir. De lo anterior que el estudio del iusprivatismo o Derecho Internacional Privado sea una nueva materia que se encuentra en constante dinamismo a partir de las modificaciones de la realidad internacional contemporánea, así como las adaptaciones a la normatividad aplicable que, en todo caso, se debe ajustar a las condiciones actuales internacionales.

Así es que el Derecho Interno ha tenido una serie de adecuaciones a fin de proporcionar

a los conflictos de carácter internacional soluciones factibles en términos de homologación de criterios normativos acordes a las necesidades determinadas, lo cual es evidente particularmente en materia comercial y civil, en las cuáles mayormente se presentan conflictos de leyes que requieren de la aplicación de normas jurídicas de carácter internacional. Conceptuar el Derecho Internacional Privado dependerá del contenido, naturaleza y objeto que se le asignen, de aquí que antes de poder establecer una postura definitoria de la materia, se necesario destacar el contenido y objeto de estudio de la misma.

El Derecho Internacional Privado comprende al estudio de la nacionalidad, de la condición jurídica de los extranjeros, al conflicto de Leyes y al conflicto de jurisdicciones, es una rama del Derecho, establece lo que es su finalidad: ocuparse de las personas en sus relaciones internacionales. Correspondiendo con Carlos Arellano García (2003, pp. 15 – 31): El Derecho internacional Privado es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tiene por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado que pretenden regir una situación concreta.

Arellano García (2003) distingue al Derecho Internacional Privado como conjunto de normas de Derecho Público y orienta su concepto al objeto de sus normas con lo cual termina con mucha claridad el concepto que propone.

CONCLUSIONES

Los niños no solo son sujetos de protección especial sino sujetos plenos de derecho; como lo es en todo momento también su núcleo familiar que le incluye y le protege. Largo pero productivo se ha manifestado el amplio recorrido del Derecho Internacional Privado en donde poco a poco pensadores sociales, escritores, pedagogos, quienes, al hablar del interés superior del menor, como función integradora desde el seno familiar, han hecho de la sociedad, que tenga que volver sus ojos hacia los niños y reconocerlos como seres humanos en etapa de formación.

La opinión pública tomo conciencia de la desvalida condición de la infancia y como resultado de esa concientización, las primeras leyes protectoras de niños aparecieron a finales del siglo XIX. La vulnerabilidad y dependencia de los niños y niñas requieren de instituciones jurídicas protectoras que les garanticen su óptimo desarrollo. Ahora resulta obvio que los menores requieren de mayor protección y no de aislamiento o reclusión como fue la práctica durante mucho tiempo.

El interés superior del menor también es conocido como *favor filii*, esto se traduce, que en el caso que exista alguna controversia entre padres e hijos, el juez e incluso el mismo legislador deberá beneficiar al hijo (Pereznieto, 2000, p. 151). La sociedad ha intensificado su interés en la protección de los menores. El pleno del Congreso también ha tomado su papel así de las reformas al artículo 4to.

Constitucional, resalta aquella en la que se establece el interés superior de la niñez. El menor deja de ser concebido como el objeto de otros intereses para transformarse en el sujeto merecedor de protección jurídica. Bajo la protección de dicho interés superior de la niñez, tanto las legislaciones estatales como los criterios de interpretación de los Tribunales Federales han determinado la procedencia de la suplencia de la deficiencia de la queja, considerándose que el interés superior del niño, no corresponde en exclusiva al padre o a la persona que ostenta la representación o la patria potestad sobre el menor, sino que dicho interés pertenece a la sociedad en forma genérica por tratarse de una cuestión de orden público de carácter colectivo.

La denominación Interés Superior del Menor apareció por primera vez en el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1980 (Convenio sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980), expresando que se trata de un *estándar jurídico* es decir un “límite de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares”, su naturaleza jurídica es la de un “principio o regla aplicable”, que en forma clara la define como “medida media de conducta social correcta”.

El primer paso, para aplicar estos Convenios como “*instrumentos de resolución de controversias*” es acotar un determinado conflicto de intereses en el que esté inmiscuido el niño o el joven menor de edad. Normalmente será

un conflicto en el seno familiar, fruto de un incorrecto ejercicio de la patria potestad, si bien existen otras muchas posibilidades.

En estos casos, el interés superior del menor, el bien del infante, legitima la intervención del Estado, es un principio que dirige la intervención y fija pautas para los tribunales. Por ello, la doctrina alemana ha señalado que “el bien del menor” es la pieza clave que resuelve las tensiones que se crean entre los padres y las autoridades estatales encargadas de velar por el niño.

La prioridad del interés del niño está sobre cualquier otro interés. Tiene una doble función, dirigir y vigilar, obligando a adoptar medidas orientadas hacia el bien del menor rechazando los puntos de vista ajenos a dicha finalidad. Implica la prioridad de la justicia adaptada al caso concreto sobre la regla general.

Interés Superior del Menor o de la Infancia, es aquel en el que el niño debe por derecho encontrarse bajo una protección especial, junto con esta, disponer de amplias oportunidades que le permitan desarrollarse en forma saludable y normal, bajo condiciones de libertad y dignidad. Cada precepto que contenga un beneficio social debe también contener este precepto, en donde se atenderá el interés superior del niño. Establecido bajo el amparo de la ley el interés superior del niño, permitirá que las medidas que tanto las autoridades en sus respectivos ámbitos y competencias gubernamentales, como las instituciones privadas, operen bajo la circunspección al principio anterior.

En aquellos casos en que tales derechos se encuentren involucrados en una controversia de carácter judicial deberán solucionarse atendiendo a las circunstancias de cada caso particular prevaleciendo el interés del niño sobre cualquier otro sea este, individual o de grupo.

Resultado del análisis y bajo las consideraciones ya señaladas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido sendas jurisprudencias entorno al interés superior del niño, dentro de estas resalta el registro 2/2010, en cuanto a la adopción en el entonces Distrito Federal, aclarando en la actualidad es ciudad de México, en donde los integrantes del pleno manifestaron en reiteradas ocasiones, los derechos de los niños, adopción, salud, educación, interés superior el menor, en fin llamémosle la suma de derechos del niño, en donde sobresale su propio interés superior.

REFERENCIAS

- Arellano, C. (2003). *Derecho Internacional Privado*. (15ª. ed.). Editorial Porrúa.
- Carta de los Derechos del Niño. <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
- Cillero, M, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
- Conferencia de la Haya. (29 de mayo de 1993). *Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*. DOF 24 de octubre de 1994.
- Contreras, F. (1998). *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. (7ª. ed.). Editorial Oxford University Press.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.
- Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*.
- Convención sobre los Derechos de los Niños*.
- Coordinadora: María Rosa Ripollés Serrano, Alemania: Mariano Daranas Peláez. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Constitución de 23 de mayo de 1949, con la última modificación de 29 de julio de 2009*.
- Federico de Montalvo Jääskeläinen. *Constitución de la República Italiana de 27 de diciembre de 1947 actualizado con su última reforma de 2 de octubre de 2007*.
- Gobierno de México (14 de febrero de 1975). “Decreto por el que se promulga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969”. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. HTTPS://WWW.DOF.GOB.MX/NOTA_TO_IMAGEN_FS.PHP?CODNOTA=4751049&FECHA=14/02/1975&COD_DIARIO=204698

- Gobierno de México. (21 agosto de 1987). “Decreto de Promulgación de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, realizada en la ciudad de La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984”. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4676873&fecha=21/08/1987&cod_diario=201539
- Gobierno de México. (31 de julio de 1990). “Decreto por el que se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York”. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. [HTTPS://WWW.DOF.GOB.MX/NOTA_TO_IMAGEN_FS.PHP?CODNOTA=4668885&FECHA=31/07/1990&COD_DIARIO=201156](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4668885&fecha=31/07/1990&cod_diario=201156)
- Gobierno de México. (25 de enero de 1991). “Decreto promulgatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño”. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. [HTTPS://WWW.DOF.GOB.MX/NOTA_TO_IMAGEN_FS.PHP?CODNOTA=4701290&FECHA=25/01/1991&COD_DIARIO=202615](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4701290&fecha=25/01/1991&cod_diario=202615)
- Gobierno de México. (14 de mayo de 1996). “Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4884206&fecha=14/05/1996&cod_diario=209399
- González, N. (2002) “*Memorias seminario-taller: teoría y práctica de la adopción internacional*”. *Revista de Derecho Privado, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, I, (3)*, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/3/dtr/dtr3.htm>
- Herranz, M. (2004). *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado*. Lex Nova.
- Ollero, A. (2009). Derecho y Moral implicaciones actuales, en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, p.61.
- Organización de las Naciones Unidas-ONU (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Viena, Austria, 23 de mayo de 1969.
- Organización de las Naciones Unidas-ONU. (1989) *Convención sobre los Derechos de los Niños*. Nueva York, Estados Unidos, 29 de noviembre de 1989.
- Organización de los Estados Americanos -OEA. (1989). *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*. Montevideo, República Oriental del Uruguay, 15 de julio de 1989.
- Organización De Los Estados Americanos -OEA. (1984). *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*. La Paz, Bolivia, 24 de mayo de 1984.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disposición Vigente Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966.
- Pereznieto, L. (1998). *Derecho Internacional Privado. Parte General*. (7ª. ed.). Editorial Oxford University Press.
- Pereznieto, L. y Silva, J.A. (2004). *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, (S.N.E.), Editorial Oxford University Press.
- Revetllat, I. (2008). Protección de la Infancia en la Legislación Española. *Revista de Derecho*, (3)
- Rivero, F. (1996). *El derecho de visita*. Bosh, Barcelona.
- Summa Jurídica en Materia de Asistencia Social*. (2002). S.N.E. Editorial Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia -DIF.
- Triguero, L. (2001). Algunos temas de Derecho Familiar En González, N. y Benot, A. *Estudios sobre Adopción Internacional*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Vargas, B. (1994). *La protección de los menores en el ordenamiento jurídico*. Editorial Comares.
- Viladrich, P. (2002). *El Pacto Conyugal*. Rialp.