

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



ANÁLISIS DEL MARCO PROTECTOR DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN MÉXICO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

LAURA GABRIELA ALVAREZ MANILLA LÓPEZ

ASESOR DE LA TESIS:
LIC. IGNACIO GARRIDO OVIN
CED. PROFESIONAL No. 1683979

m342576



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

Con todo cariño, amor y agradecimiento, dedico la presente Tesis Profesional a mis queridos padres:

Sra. Laura Ruth López García y Vicente Gudiño Miranda.

A mis hermanos Abraham Álvarez Manilla López pero en especial a mi hermano Alfonso Roberto Álvarez Manilla López † porque este trabajo lo hice pensando en ti.

A las personas que me dieron todo el apoyo para que pudiera concluir con este trabajo.

	Página
INTRODUCCIÓN	ii
CAPÍTULO I.- INSTITUCIONES PROTECTORAS DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL ÁMBITO CIVIL.	1
1.1. La patria potestad.	2
1.2. La filiación.	14
1.3 La adopción.	23
1.4. La tutela.	32
1.4.1. Antecedentes históricos de la tutela	35
1.4.2. Generalidades de la tutela	40
1.4.3. Personas sujetas.	46
1.4.4. Clases de tutela.	50
1.4.5. Situación jurídica del tutor.	56
1.4.6. Designación del cargo.	70
1.4.7. Intervención del juez de lo familiar y del ministerio público.	75
1.4.8. Extinción de la tutela.	79
CAPÍTULO II.- OTRAS INSTITUCIONES PROTECTORAS DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS.	84
2.1. La curatela.	85
2.2. La defensa judicial.	89
2.3. La guarda de hecho.	91

CAPÍTULO III.- LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.	97
3.1. La declaración de ginebra de 1924.	98
3.2. La declaración de los derechos del niño.	102
3.3. La convención sobre los derechos del niño.	116
3.4. La protección de la infancia en México.	134
CAPÍTULO IV.- ORGANISMOS ENCARGADOS DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS.	147
4.1. El consejo local de tutelas.	148
4.2. El consejo tutelar para menores infractores.	150
4.3. El sistema nacional para el desarrollo integral de la familia.	154
CAPÍTULO V.- ANÁLISIS DE LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.	158
5.1. Justificación de esta ley.	159
5.2. Estructura de la ley.	164
5.3. Mecanismos de protección de los derechos de las niñas y los niños contenidos en la ley.	185
5.4. Propuesta legislativa.	187
CONCLUSIONES.	203

INTRODUCCIÓN

No es posible concebir que en la actualidad, todavía existan un gran número de menores que se encuentran en situación denigrante y de desamparo, viviendo en las calles o basureros, quedando nuestra ley suprema como letra muerta respecto del precepto constitucional que encuadra en el derecho a una vida digna; por ello es que, dada la situación que hasta nuestros días se sigue viviendo y encruceciendo cada vez más, se deben crear programas que orienten esfuerzos para alcanzar objetivos y metas precisas y eficaces. De ahí que la labor que hasta hoy se ha realizado ha sido rebasada por la cantidad de menores que vienen al mundo cada día, es por ello que ahora más que nunca surge la importancia del reconocimiento de los derechos de los niños, indispensable por la importancia determinante que tienen sobre la vida de ellos.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar si nuestra legislación vigente atiende, satisface y respeta los derechos del menor; así como detectar si ésta ha avanzado junto con el crecimiento y desarrollo del país, adecuándose a las situaciones jurídicas que actualmente han surgido; y su intervención en el ámbito internacional respecto a la defensa del menor.

Para ello se inicia con el estudio del menor frente a las instituciones del derecho civil que se encargan de su protección jurídica, observando detalladamente si efectivamente respetan los derechos que se le reconocen al menor, y si a éste se le ampara, protege y tutela ante cualquier situación de desamparo, principalmente se enfoca en aquellos menores quienes han quedado sin quien ejerza la patria potestad, que para mi punto de vista es

una de las situaciones más difíciles y en la que hay que poner mayor empeño en la protección del menor cuidando sus intereses con mucha cautela; se continúa con el estudio de la labor que realiza el Estado para la protección del menor determinando si ésta respeta el precepto constitucional que lo obliga a determinar apoyos a la protección de los menores, considerando la tutela frente a otras figuras jurídicas. Posteriormente se efectúa un breve análisis de los derechos del menor en el ámbito internacional; y se finaliza con el análisis de la situación jurídica del menor desde la perspectiva de la Ley para la protección de las niñas, los niños y los adolescentes.

Lo anterior con el fin de investigar si efectivamente se le respetan en nuestro país los derechos a los menores y se sanciona a quienes los violen, tanto en su calidad de ser humano como de niño y observar si efectivamente tanto los padres como los tutores o quienes se encarguen del cuidado del menor cumplen con su deber de satisfacer las necesidades de salud física y mental de los mismos, aunado al mecanismo protector por parte del Estado.

Este trabajo, además de pretender enfatizar la importancia que alcanza el reconocimiento de los derechos de los niños y el interés personal de contribuir al respeto de los mismos en nuestro país y para que éstos logren alcanzar su mayor consolidación como principal premisa en las instituciones familiares, logrando con ello que la justicia sea la base del futuro de las niñas y de los niños.

El capítulo I tiene como finalidad resaltar la regulación legal de las principales instituciones jurídicas enfocadas a la protección de la situación legal de los menores de edad, reconocidas por la legislación civil, lo que permitirá

conocer el marco legal en el que se circunscribe la protección de los derechos de las niñas y los niños en nuestro país.

El segundo capítulo se enfoca a analizar otras instituciones protectoras de los derechos de las niñas y los niños que si bien tienen un uso muy limitado, representan medios eficaces de tutela de esos derechos.

El tercer capítulo se enfoca a analizar el marco jurídico internacional que sirve de base para brindar protección a los derechos de las niñas y los niños.

El cuarto capítulo estudia los diferentes órganos especializados encargados de la tutela y defensa de la situación jurídica de las niñas y los niños.

Finalmente, el quinto capítulo tiene como propósito analizar el marco jurídico vigente especial enfocado a la protección de los derechos de las niñas y los niños, con el objeto de estar en posibilidad de proponer modificaciones que permitan brindar una protección más efectiva a dichos derechos.

CAPÍTULO I

INSTITUCIONES PROTECTORAS DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL ÁMBITO CIVIL.

El menor cuenta con el reconocimiento en un marco jurídico internacional de un conjunto de derechos, respecto de los cuales disfrutará sin ninguna distinción ni discriminación de ninguna índole, ya sea del propio niño o de su familia, atendiendo cada uno de ellos al desarrollo armonioso y pleno, tanto físico como mental del menor, prevaleciendo el interés del mismo, tratando de brindar al menor un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, obligando tanto a la sociedad como a las autoridades públicas a cuidar a los menores y muy especialmente a los menores sin familia, con deficiencias físicas o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

Sin embargo, la pregunta que surge es en qué medida nuestra normatividad responde a los intereses del menor y le respeta sus derechos, siendo de tal manera indispensable analizar algunas de las instituciones del derecho civil, concretamente al derecho de familia, las cuales se señalan a continuación.

1.1. La patria potestad.

La expresión *patria potestad* viene del latín *patnus, a, um*, lo relativo al padre, y *potestas*, potestad. Fue en Roma donde existió realmente la patria potestad, porque aún cuando hoy existe una institución que conserva el nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no hay potestad alguna.

Podríamos definir lo que llamamos hoy patria potestad como una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad.¹

¹ Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia, p. 442.

La patria potestad actualmente comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señale la ley, de administrar sus bienes así como de proporcionarle alimentos.

En Roma se confundía el poder disponer de la persona y el derecho real sobre las cosas, porque el uno y el otro tenían un valor pecuniario. Fue en Roma hasta la Ley Julia, en el siglo IV a. de C., cuando se privó al padre del derecho de entregar como prenda a los hijos, se prohibió la venta de los hijos, salvo en los casos de extrema necesidad y la jurisdicción doméstica, quedó reducida a un derecho de corrección.

En 1928 la patria potestad significó la que se ejercía sobre los descendientes por línea del varón, adquiriéndose ésta por la procreación, legitimación y la adopción.

Durante mucho tiempo existió una gran influencia de la iglesia para la cual todo derecho nace de una obligación, derivando de ello que, como los padres tienen la obligación de mantener y educar a los hijos, necesitan el derecho de mandar en ellos, de corregirlos y dirigirlos, sin otra intervención que la indispensable de la sociedad. Viéndose reflejado dicho espíritu en diversas legislaciones civiles.

Nuestra legislación hace referencia a algunos de los antecedentes mencionados, encontrándolos establecidos en el Código Civil:

1.- Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. El antecedente de esta disposición lo encontramos en la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

El texto vigente del Código Civil para el Distrito Federal establece que “En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición” (art. 411).

2.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (art. 413). Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente (ART 421). Sus antecedentes los encontramos en los artículos 243 y 388.²

3.- A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlos convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisará al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

Este artículo se mejora en 1974, estableciendo: "Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad que tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de coreegírlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Las autoridades en caso necesario auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y conectivos que les presten el apoyo suficiente." (Art. 421)

² Secretaría de Gobernación, Ley de Relaciones Familiares de 1917, p. 21.

El texto vigente de esta disposición es el siguiente:

“Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código.”

Los antecedentes de las disposiciones anteriores los encontramos en la Ley de Relaciones Familiares, en los artículos 244 y 245, en donde se le obliga al padre a educar convenientemente a su hijo y se le otorga la facultad en su caso de corregirlo y castigarlo templada y mesuradamente.

Con ello observamos que al menor se le respeta y consagra su derecho a la crianza, cuidado y educación, quedando la obligación de los padres en cumplir con los mismos y en caso de no hacerlo se requerirá la intervención del Estado a través de Instituciones destinadas para ello.

Sin embargo, es preocupante hoy en día la crianza y educación a nivel mundial en todos sus aspectos, ya que abarca un momento importante en la vida del ser humano, siendo el papel de los padres cada vez más relevante y difícil ante la desquiciadora crisis moral y el aumento de la criminalidad que se padece en todos los países.

Se puede ver por todas partes el escaso nivel de cultura de la población, las angustias derivadas del estilo de vida en la gran concentración urbana, así como la miseria, desorientación, incultura de los jóvenes, lo cual

es en gran medida resultado de la falta de orientación y atención de los que ejercen la patria potestad, ya sean padres o bien abuelos.

Sin embargo, nunca hay que confundir el derecho de instrucción y corrección que tienen los padres, con el hecho de infligir a los niños castigos corporales que ataquen su integridad, por ello se prohíbe hoy en día que se trate al niño con castigos graves. Antes los padres utilizaban medios muy drásticos para corregir a los niños, ocasionándoles en algunos casos daños irreversibles, ejemplo de ello lo encontramos en el antiguo derecho francés conforme al cual el padre podía encarcelar a su hijo sin dar la menor explicación, significando la cárcel para el menor un terrible aumento de corrupción, por lo que el Parlamento decidió luchar en contra de ello.

Actualmente, en nuestro derecho, resta a los padres únicamente el derecho de acudir ya sea al juez, consejero y funcionarios del Consejo Tutelar para menores a solicitar de ellos auxilio y asistencia educativa. Pero aun así en nuestros días existe ese grave problema que sufren los menores, continúan llegando infantes a hospitales víctimas de agresiones por parte de familiares, aun cuando es causa de suspensión de la patria potestad.

Por todo ello, es importante el papel que desempeña quien ejerce la patria potestad, ya que es en él en quien recae la responsabilidad de orientar hábilmente a los menores, y si se llegara a atacar ese factor, se podrían evitar muchas consecuencias, tales como el ocio, los vicios y la delincuencia entre otros; por ello no se debe observar a la patria potestad como una institución del derecho civil, únicamente en donde se determine su ejercicio tendiente a la guarda y educación de los hijos y de sus bienes; su importancia debe de ir más allá. La expresión "guarda" o "cuidado" debe ser considerada en su sentido más amplio, ya que ésta comprende el cuidado personal del

hijo, su protección, vigilancia y dirección; dotarle de los elementos para su bienestar físico, proporcionarle los medios recreativos propios; velar por su salud, integridad física, alimentación, vivienda, educación, procurar su superación técnica, científica y cultural; prepararle para su formación en la vida social, entre otros deberes. Y por ello es que se debe velar en todas las situaciones por los intereses del menor y se refiere a ello por lo siguiente:

En el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio se les protege cuando los dos progenitores lo han reconocido y viven juntos; ambos tienen el derecho de ejercer la patria potestad; cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres entrará a ejercerla el otro; en cuanto al hijo adoptivo, la patria potestad sobre él la ejercerán únicamente las personas que lo adopten, protegiéndole de la misma manera que cualquier otro hijo. Sin embargo, el derecho de custodia y el de dirección en caso de separación de los padres, tal vez no entrañe todos los atributos propios de la patria potestad y no vela totalmente por los intereses del niño, ya que significa una causal de la pérdida de la patria potestad respecto de un padre.

Considero que no asegura los intereses del menor, aún cuando el juez designe al progenitor tratando de tomar en cuenta dichos intereses, ya que es de todos sabido la serie de conflictos que surgen entre los padres en caso de separación, la ruptura de la familia trae para los hijos sufrimientos, sacrificios, frustraciones, angustias, por el temor a la soledad, al abandono y al desamparo. Se han intentado crear diversos sistemas para resolver estas consecuencias crueles y dolorosas pero no han dado los resultados esperados; al contrario han contribuido a una mayor desintegración de la familia en crisis, como es el caso de nuestro sistema el cual priva a uno de los progenitores de toda intervención en la vida futura del hijo, entregando al

otro el cuidado y a veces el ejercicio exclusivo de la patria potestad o encomendando esta función a un tercero o a un establecimiento educacional. En la mayoría de los casos los jueces otorgan a la madre estas atribuciones, ya que consideran que ella está más capacitada que el padre para cuidar y atender a los hijos, principalmente cuando los niños son de escasa edad, sin embargo, el menor necesita de ambos progenitores.

Cuando los dos progenitores ejercen en común la patria potestad, las obligaciones recaen en ambos, comprendiendo las tres áreas: custodia, representación y administración de los bienes del hijo. Su ejercicio será conjunto en armonía conyugal otorgándole al menor bienestar, pero cuando se priva a uno de los progenitores de toda intervención en el destino de sus hijos quedando excluido de ello surgen efectos negativos, ya que pierde contacto con el hijo y se llega a transformar en un extraño, en desconocido y en algunas veces hasta enemigo, en especial cuando subsisten los rencores que motivaron la separación, si quien ejerce la patria potestad fomenta el odio contra el excluido. Por ello se han creado sistemas, con el fin de distribuir entre los padres separados una repartición equitativa de los deberes que impone el ejercicio de la patria potestad debido a que juristas opinan que no debe privarse de la patria potestad a uno de los progenitores para concederla en forma exclusiva al otro, cuando no existan causales de extrema gravedad que puedan justificarlo. Puede limitarse su ejercicio, pero no su despojo, siendo éstas aportaciones dignas de tomarse en cuenta por la legislación mexicana.

El deber de proteger al hijo ha traído consigo la necesidad de crear diversas medidas para impedir las tensiones que trae consigo el divorcio y la separación, actos que se llevan hoy en día con una frecuencia inimaginable. Dichas medidas que se proponen para evitar la guarda exclusiva son varias,

entre las que encontramos: la patria potestad alternada y la guarda conjunta o compartida, siendo esta última la más acertada.

En la guarda alternada, el hijo debe vivir sucesivamente por períodos a veces muy prolongados, con cada uno de sus padres quienes ejercerán por turnos la autoridad parental. Sin embargo, se le encuentran inconvenientes tales como el hecho de que el hijo no vive en su domicilio permanente y ello hace que no tenga estabilidad moral y material por el constante cambio de ambiente evitando que tenga un desarrollo sano en un medio de tranquilidad.

La guarda conjunta o compartida es otro sistema que se ha puesto en práctica en diversos países; evita que se le prive a uno de los progenitores el ejercicio de la patria potestad, teniendo la máxima colaboración de ambos progenitores ya que de común acuerdo convendrán respecto del cuidado personal del hijo para evitar que éste ande deambulando de un domicilio a otro, obligándose el otro a una cooperación igual que a la que existía antes del divorcio; ambos opinarán en las resoluciones importantes que deban adoptarse en interés del hijo. En realidad la guarda la ejercerá uno de ellos, pero respecto de los demás atributos de la patria potestad los ejercerán en común. Dicho sistema logra la continuidad de la relación directa entre los progenitores y el hijo a quien se le otorgará ayuda material y moral que requiera e impide el desinterés del que no queda al cuidado personal, a quien se le permite el más amplio derecho de visita y de correspondencia con el hijo. Con dicho sistema se permite el equilibrio de derechos y la igualdad de opciones, descansa en el principio moderno del "interés exclusivo del hijo", sin embargo, para que se lleve a cabo no basta el simple acuerdo de los progenitores, se requiere fundamentalmente la ratificación del juez, quien al resolver sobre la petición deberá considerar los intereses superiores del hijo como el único factor decisivo.

Se debe considerar que generalmente una separación se suscita por conflictos en la relación de los adultos en la cual los menores no tienen porque sufrir las consecuencias, por ello es que no es justo privarles el derecho de tener a ambos padres velando en cualquier circunstancia por él.

El niño necesita tanto de una madre como de un padre para lograr el pleno desarrollo físico y mental; entonces para que hacerlos víctimas de rencores o discordias que los pueden dañar.

Encontramos en varias legislaciones normas liberadoras sobre la guarda, por ello es digno destacar la labor de las Naciones Unidas para darle soluciones más justas a dicha materia.

En Francia, en 1987 se otorgó la categoría legal a la guarda conjunta, en el artículo 287 del Código Civil el cual dice: "De acuerdo al interés de los hijos menores, la autoridad parental será ejercida, ya sea en común por ambos progenitores cuando lo hayan solicitado al juez, o sólo por uno de ellos. En caso que se ejerza en común la autoridad parental, el juez indicará a cuál de los progenitores corresponderá tener al hijo en su hogar."³ La Ley Aragonesa en 1985, establece que: "La autoridad familiar la ejercerán conjunta o separadamente los padres, según los usos sociales o familiares o lo lícitamente pactado al respecto. En caso de divergencia entre los padres, decidirá la Junta de parientes o el Juez del domicilio, a elección de los padres; y si para esto no se ponen de acuerdo, el Juez decidirá."⁴

Nuestra legislación faculta a los progenitores para convenir lo que consideren más adecuado sobre la patria potestad y la custodia sin privar al

³ Lisandro Cruz Ponce, Patria Potestad y Guarda Conjunta, Derechos de la niñez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 65.

⁴ Manuel Peña Bernaldo de Quiros, Derecho de Familia, p. 34.

tribunal de la facultad de resolver en definitiva lo que considere más favorable para los hijos. Se podría adecuar la guarda conjunta en los casos en donde existieran dudas respecto de quién debe ejercer la patria potestad o bien cuando se presente la opción por ambos progenitores.

El objetivo primordial de los sistemas creados es el tratar de aminorar los daños que acarrea para los hijos menores de edad, la desintegración del hogar familiar.

Como se ha observado, las situaciones del menor han cambiado; quizás antes no se consideró tanto a la separación de los padres, ya que difícilmente se realizaba, de hecho la patria potestad debe ser ejercida y subsistir para la protección del niño y de la familia. Desgraciadamente muchos padres no responden a los fines de la institución y la desnaturalizan, ejerciéndola mal o desviándola de su papel natural, lo que obligó al legislador a intervenir en favor de la infancia regulando sanciones para los mismos, encontrando así las causales de suspensión y pérdida de la patria potestad.

Antiguamente en el Derecho Francés, sólo se consideraba la pérdida de la patria potestad por un solo motivo: cuando los padres incitaban, o cuando conducían habitualmente a sus hijos a la corrupción. Nuestra legislación distingue tres casos: la patria potestad puede acabar, puede perderse o simplemente suspenderse, pero jamás es renunciable. A este respecto en el art. 443 del Código Civil lo siguiente:

La patria potestad se acaba:

I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

II. Con la emancipación, derivada del matrimonio;

III. Por la mayoría de edad del hijo;

IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.

Por su parte, el artículo 444 establece que la patria potestad se pierde por resolución judicial:

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;

II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida;

IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad;

V. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos;

VI. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses;

VII. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y

VIII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.

De conformidad con el artículo 444-Bis, la patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código.

De conformidad con el artículo 447, la patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor; y

IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión

Asimismo, el artículo 448 señala que la patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

La ley especificaba en uno de sus artículos que el hijo debía honrar y respetar a sus padres, términos que en nuestros días se encontraban cada vez más carentes de significado, creándose en su sustitución un artículo que establece la correspondencia recíproca de respeto entre padres e hijos: “En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición” (art. 411).

Por ello hay que vigilar muy de cerca las actuaciones de los adultos ya que gran parte de ellos velan únicamente por sus intereses y dejan de encargarse de velar por los intereses del menor.

1.2. La filiación.

Entre los derechos del menor encontramos el derecho a la propia identidad, el derecho a la salud y el derecho a una vida digna e integridad física. Estos derechos, enunciados, no parecen presentar mayor problema, siendo ideales a alcanzar. El problema surge cuando se va hacia la comunidad para observar si efectivamente tales derechos son protegidos.

El derecho a la propia identidad habla de nacionalidad, nombre y relaciones familiares, ubicando en estas últimas el concepto psicológico del afecto que algunos juristas empiezan a señalar como un derecho del menor por considerarlo necesario como parte de su propia naturaleza humana para lograr que el menor se desarrolle sanamente. Por ello dichos derechos los encontramos íntimamente relacionados con algunas instituciones civiles de nuestra legislación, señalando en este caso a la institución civil conocida como Filiación.

Por Filiación se entiende la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo, la cual implica un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo, es decir, "una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo".⁵

De esta forma, se crea con ello un vínculo jurídico entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres; el hijo concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio; o bien respecto de los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración. Diferenciando con ello tres tipos de filiación: legítima, natural y legitimada respectivamente.

Con la filiación existe el deseo entre otros de ejercer el derecho a conocer nuestros propios orígenes los cuales indiscutiblemente inciden en el desarrollo de una personalidad psicológicamente sana, ya que le da al niño un sentido de pertenencia y satisface la necesidad de trascendencia, independientemente de que se designe a través de la filiación a los responsables de su cuidado físico. Siendo en ese sentido vitales para la salud física y mental de cualquier hombre o mujer, independientemente de la edad que tenga. El conocimiento de los propios orígenes tiene importancia por la información que sobre los antecedentes genéticos entraña dicho conocimiento, información de gran importancia tanto para la atención médica misma que pocas veces se toma en cuenta y forma parte del derecho a la salud, ya que se habla del más alto nivel posible de salud y por ende éste sólo se podrá lograr conociendo los antecedentes familiares del menor.

⁵ Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil, p. 451.

Sin embargo, muchas legislaciones se han quedado estáticas en dicho rubro, y ello puede atentar contra los derechos de los menores.

Los avances científicos en el campo de la medicina son espectaculares encontrándonos frente a una verdadera revolución biológica, sin embargo, nuestra legislación se encuentra silenciosa en torno a prácticas médicas ya incorporadas a nuestra vida diaria, como es el caso de las técnicas de reproducción asistida la cual tiene sus logros muy satisfactorios para el ser humano; sin embargo, existe el lado negativo, ya que termina con la unión hombre-mujer como pareja básica, es decir, con la familia que es la base de la sociedad. De tal manera que dichos avances científicos y tecnológicos van más allá influyendo en otros campos e instituciones fundamentales como son la familia, paternidad, maternidad y filiación. Observando que existen derechos de la persona que se ven afectados con la realización de dichas prácticas científicas llevadas a cabo al margen de nuestra normatividad sin ser calificadas de ilícitas. Técnicas de procreación asistida es un concepto que se utiliza para identificar a las prácticas de inseminación o fecundación artificial, ya sea corpórea o extracorpórea, y en general a todas aquellas manipulaciones médicas realizadas con gametos masculinos y femeninos, con miras a la concepción cuando ésta no se quiere o no se puede realizar a través de la cópula.⁶ La inseminación artificial corpórea o extracorpórea se puede practicar dentro o fuera del matrimonio, la fecundación in vitro o bien la congelación de embriones por igual. En dichas prácticas se desconocen algunos derechos de los mencionados con anterioridad.

Son varios los problemas jurídicos que conlleva la inseminación artificial. Los avances científicos avanzan generalmente por delante del Derecho, que se

⁶ Alicia Elena Pérez Duarte y N., "La maternidad es siempre cierta, La modernización del derecho frente a los avances científicos", Boletín Mexicano de derecho comparado, número 55, año XXII, mayo-agosto, 2000.

retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Originando un vacío jurídico y situaciones de indefensión. Lo cual trae repercusiones jurídicas de índole administrativo, relativas a los centros sanitarios, equipos biomédicos, requisitos, etc., de índole penal y civil como es el caso de la determinación de la maternidad, paternidad, filiación, sucesión, se desconoce quien gozará de los derechos y obligaciones que surjan de los mismos. Pero también plantea otros problemas como son los referentes a los derechos humanos.

La investigación científica y tecnológica debe seguir avanzando, sin embargo, ésta debe tener un límite, la dignidad humana y los derechos fundamentales, es decir, que se respete el derecho que todo ser humano tiene sobre el dominio de su propia vida. Mismo que es principio rector de ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Se incide en ello, debido a que algunos derechos humanos, en especial del menor, se ven afectados directamente, los cuales señalaré a continuación:

- a) Derecho a la identidad.
- b) Derecho a la vida e integridad física y psíquica.
- c) Derecho a una familia.

Derecho a la identidad. Hace referencia a que en la procreación asistida se requiere forzosamente del gameto de un donador o donadora, respecto de la cual se guarda el anonimato de éstos. Presentándose las razones para la defensa de ese anonimato, la paz familiar, la seguridad del donador, la

seguridad de los progenitores, entre otras; pudiendo observar que todas ellas se refieren a la protección del adulto y ni una sola referente a la protección del menor que pudiere emerger de dichas prácticas, quien en este caso debe ser el ser más importante y cuidarse primordialmente sus intereses.

En algunos países se empieza a cuestionar dicho anonimato considerándolo como contrario al interés superior del niño precisamente porque se les priva de información importante para ese desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Nuestra legislación no regula en el área civil si el donador tiene o no derechos respecto del producto, qué sucedería en el caso de que los demandare, o bien, si los tiene en qué momento ya no puede ejercerlos.

En la legislación española el donador queda exento de todos los derechos y obligaciones que pudiera traer consigo a través de la filiación.

Y en relación con dicho derecho, qué requisitos debe tener un donador, hasta qué punto se puede guardar su anonimato y lo ideal sería que su historia clínica se tuviese a disposición de cualquier persona, principalmente del menor y sus tutores.

Derecho a la Vida e integridad física y psíquica. Nuestra Constitución en el artículo 15 establece que: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

El primer problema que surge es en cuanto al alcance de dicho derecho, es decir, si es aplicable sólo a personas nacidas o también se extiende al embrión (antes de 20 semanas de gestación) o al feto (después de 20

semanas de gestación), dependiente de la vida de la madre.⁷ Siendo este cuestionamiento de vital importancia en relación a las nuevas técnicas de procreación asistida en las cuales existen casos en que pueden afectar a la estructura de la personalidad humana, al afectar los caracteres hereditarios. Debido a que en algunas prácticas como en el caso de la fecundación in vitro, en la que no se transfieren todos los embriones al cuerpo de la mujer, siendo algunos de ellos destruidos pudiendo equiparar ello en determinado momento con el aborto; o bien en el caso de la congelación de embriones donde se establece la posibilidad de fríoconservación durante un tiempo máximo de cinco años, considerando que se les expone a graves riesgos de muerte o de daño a la integridad física, les priva al menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna y les coloca en una situación en las cuales pueden ser sujetos de lesiones y manipulaciones.

En la República Federal de Alemania se establece en su legislación que, según los conocimientos fisiológicos y biológicos, la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación.⁸

La legislación española señala una distinción entre el embrión y el preembrión, otorgándole mayor protección jurídica al primero, siendo la distinción en cuanto al término, es decir, el preembrión es considerado antes de 14 días de gestación y el embrión a partir de los 14 días de gestación, señalando que el principio de la vida y la salud implica que está tajantemente prohibido, desde el momento de la fusión de los gametos formando el óvulo, toda experimentación sobre el embrión que no tenga un fin terapéutico, que vaya en apoyo de la nueva vida.⁹

En nuestra legislación se encuentra una gran laguna, estableciéndose únicamente en el Código Penal en su artículo 329 al delito de aborto como la

⁷ Jean Langman, *Embriología Humana Médica*, p. 28.

⁸ Gloria Moreno Botello, Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida, p. 101.

muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez; y en el código civil establece en su Art. 22 que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en dicho código.

Junto al derecho a la vida encontramos el derecho a la integridad física y corporal reconocidos igualmente por el art. 15 constitucional, con ello se está garantizando la integridad personal que protege el derecho de la persona a no ser atacada en su integridad psíquica ni en general en su salud física y mental.

Toda persona goza del derecho a la integridad física y mental, es decir, se le debe de respetar su cuerpo y mente tanto interna como externamente y por ello no puede ser sometido a ningún procedimiento que pueda ser perjudicial para el mismo poniendo en riesgo su salud trayendo complicaciones o consecuencias negativas posteriormente.

Considerando que nuestra Constitución define de manera genérica que "todos tienen derecho a la vida", se puede entender que el embrión también tiene derecho a la vida y a la integridad física y corporal, por ello es de vital importancia que se satisfaga esa laguna legal.

Derecho a una familia. Considerando que existe un derecho a procrear, debe prevalecer sobre otras exigencias sociales y culturales el derecho del menor a gozar de una familia.

⁹ Idem.

En la Declaración de los Derechos del Niño no existe alusión explícita en relación al derecho de procreación, en nuestra Constitución no lo encontramos específicamente, sin embargo, lo podemos considerar inserto dentro del art. 4º Constitucional, párrafo tercero, donde se establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Sin embargo, en la Declaración de los derechos del Niño, en el principio 6, se encuentra la alusión respecto del derecho del menor a gozar de una familia señalando que siempre que sea posible, deberá crecer bajo el amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y natural.¹⁰

Por ello es que las nuevas técnicas de procreación asistida tienen un aspecto positivo y otro negativo, es decir, dichas prácticas se originaron relativamente hace poco tiempo debido al interés por luchar contra la esterilidad o infertilidad de personas que deseosas de procrear son incapaces de concebir hijos y por ello, cada día se han ido perfeccionando. Cuando el objeto de dichas prácticas es el anteriormente expuesto parece increíble que el avance de la ciencia haya llegado a tal grado que jamás se debe de ir en contra de esto. Sin embargo, siempre existe el lado opuesto en el caso de que se realicen dichas prácticas con el objeto de traer menores al mundo para negociar con ellos o cometer actos indignos e ilícitos, es ahí en donde entra la preocupación por que se regulen de manera muy cuidadosa la realización de dichas prácticas, ya que todavía no existe una disciplina completa sobre las mismas en todos los derechos positivos, siendo muy pocos los ordenamientos jurídicos que ya cuentan con una legislación sobre

¹⁰ Naciones Unidas, "Derechos Humanos", Recopilación de los Instrumentos Internacionales de las Naciones Unidas, p. 101.

el tema como es el caso de Francia, Portugal, Italia y España. Es una cuestión que va más allá de un derecho nacional por lo que se requiere una mínima cooperación internacional o supranacional en esta materia tan delicada.

Es cierto que todas y cada una de las circunstancias antes mencionadas deben ser reguladas por el derecho, por ello, considero que la procreación asistida sí puede y debe estar bajo el control de la legislación civil pudiendo ser a través de la filiación. Hasta el momento la filiación se encarga de proteger a los adultos de una imputación no deseada y vemos que poco se atiende el interés superior del menor.

Nuestro derecho de la filiación se fundamenta en los principios derivados tanto del derecho romano como del derecho canónico, tales como el de la maternidad es siempre cierta: el marido de la madre es el padre del hijo y a cada hijo sólo puede atribuírsele un padre y una madre.¹¹ Para la filiación fuera de matrimonio, la maternidad es cierta, se comprueba con el sólo hecho del nacimiento y la paternidad se presupone de un conjunto de hechos cuya indagación está permitida en los supuestos que la ley lo determina dentro de los cuales no se hace referencia a la procreación asistida.

Qué sucede entonces en los casos en que el donador alegue la paternidad ya que puede comprobar que es el padre biológico del hijo o bien la madre y de ahí se pueden derivar un sin número de circunstancias a las cuales nuestra legislación no da respuesta. Por lo que hay que entender la gravedad del silencio y más aún debido a que estas prácticas se están llevando a cabo lícitamente, incluso la Ley General de Salud proporciona un

¹¹ Alicia Elena Pérez Duarte y N, Op. cit., p. 85.

marco normativo a las mismas permitiendo la disposición de productos del cuerpo humano con fines terapéuticos, de docencia o investigación.

Es necesario, por el bien de los niños mexicanos, que se normen las prácticas de procreación asistidas, las medidas jurídicas deben ser eficaces; deben de evolucionar a la par de las necesidades de la sociedad ya que de otra manera atentan contra sus derechos fundamentales. El silencio cierra las puertas a la salud, a la vida y al bienestar de los menores; padre, madre y donadores deben tener establecidos sus derechos y obligaciones. Hay que pensar en todos los niños cuya procreación haya sido asistida con las nuevas técnicas, quienes tienen tanto derecho, como cualquier otro, a que se les respete su integridad y dignidad como ser humano; pensando en ellos se debe crear normas específicas en las que se les declaren sus derechos.

1.3. La adopción.

La palabra adopción viene del latín *adontio, onern, adonia, de ad y optare*, desear. Existen diversas definiciones en las legislaciones de los países, sin embargo, el objeto de dicha institución se considera similar, es decir, con el fin de que toda persona tenga un núcleo familiar vigilando los intereses que le competen.

En la legislación española se define como: "contrato irrevocable, revestido de formas solemnes, por el cual una persona, con plena capacidad jurídica, toma bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere los de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y sucederle, si así se pacta, sin juicio de los herederos forzosos, si los hubiere."¹² En el derecho mexicano si puede revocarse y

¹² Antonio de Ibarrola, Derecho de familia, p. 435.

se considera como "un acto jurídico que crea entre adoptante y adoptado un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítima."¹³ Se consideran análogas debido a que el adoptado es una especie de hijo legítimo sin serlo por naturaleza.

En el derecho francés, la adopción simple es un acto judicial que se realiza mediante sentencia, necesitando obviamente el consentimiento de quienes hacen la adopción, y el juzgado determina si la otorga o no. Siendo posible la adopción únicamente en los casos de no existir descendientes legítimos y se compruebe médicamente transcurridos ocho años de matrimonio que no pueden tener hijos.

La filiación legítima y la filiación natural son calificadas a menudo como filiaciones naturales *lato sensu*, o de filiación por sangre, en oposición a la filiación artificial y ficticia que nace de la adopción, la cual crea un lazo jurídico equivalente que nace únicamente de la voluntad.

La adopción es una de las instituciones jurídicas de precedentes históricos más remotos; ya la encontramos regulada jurídicamente en el Código de Hammurabi (2285 a 2242 a.C.); en el derecho romano alcanza una ordenación sistemática, conociéndola en sus dos formas: la *adoptio*, la cual se empleaba como un procedimiento por medio del cual el *paterfamilias* adquiría la patria potestad sobre el *filiusfamilias* de otro ciudadano romano, debiendo este último otorgar su consentimiento; y la *adrogatio*, la cual permitía que un *paterfamilias* adquiriera la patria potestad sobre otro *paterfamilias*.¹⁴

En nuestra legislación en el Código Civil de 1870 no se menciona la adopción al igual que en código de 1884, sino que fue en la Ley de

¹³ Rafael de Pina, Diccionario de Derecho, p. 61.

¹⁴ Guillermo Margadant, S., El Derecho Romano, p. 205.

Relaciones Familiares donde se reinstuyó la adopción y la definió como "el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas as responsabilidades que el mismo reporta respecto de la persona de un hijo natural."¹⁵

Hasta 1970 se publica en el Diario Oficial el artículo 390 de nuestro Código Civil, donde se establece lo siguiente:

"El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trate de adoptarse, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;

II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo el interés superior de la misma, y

III. Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente".

¹⁵ Antonio de Ibarrola, Op. cit., p. 431.

La adopción otorga los mismos derechos y obligaciones al adoptado, que los que surgen de la relación padre-hijo. Para que se lleve a cabo la adopción se exige el consentimiento del adoptante y el adoptado, por lo que podríamos hablar de un acto voluntario bilateral, el mutuo consentimiento se limita a la existencia de la adopción, con ello quedan libres de ligarse por el lazo de la misma pero éstos no son libres para reglamentar ni las condiciones ni los efectos, lo que queda a cargo del legislador y por ello se requiere de una sentencia por lo que la consideramos un acto judicial. Los derechos y obligaciones que nacen de la misma, así como el parentesco que de ella resulta se limitan al adoptante y adoptado.

Uno de los puntos más importantes de dicha institución es el concerniente a las personas que pueden adoptar, existiendo diversos puntos de vista en las legislaciones de distintos países, tenemos el caso de Francia, Alemania y Venezuela, cuyas legislaciones prohíben la adopción en el caso de que haya descendientes, salvo en los casos de que exista dispensa del Presidente; la República del Salvador prohíbe la adopción cuando hay descendientes salvo amplios medios económicos al igual que Luxemburgo; Italia, Chile Argentina, Perú, Colombia, Santo Domingo, Nicaragua, Guatemala, Filipinas, Austria, Suiza y Turquía la prohibían; mientras que en Ecuador, Costa Rica, Uruguay, Puerto Rico, Inglaterra, Estados Unidos, URSS y Japón no existen restricciones para adoptar toda persona puede hacerlo; en Portugal se estableció un sistema mixto, si no hay descendientes legítimos la adopción está permitida, pero en el caso de haberlos deben ser oídos.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, parece inclinarse al supuesto de que quien tiene hijos legítimos no puede adoptar ya que éste habla de que el adoptante libre de matrimonio, y nada dicen respecto de si el

marido y la mujer, que ya tiene descendencia pueden adoptar, ya que únicamente hace referencia en su artículo 391 al hecho de que si ambos dan su consentimiento respecto de la adopción basta con que uno de ellos cumpla con el requisito de la edad. En relación a las personas que no pueden adoptar, habla únicamente del tutor quien no puede adoptar al pupilo sino hasta después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela, de ahí en fuera todos pueden adoptar siempre y cuando se satisfagan los requisitos del art. 390 del Código Civil.

Sin embargo, lo ideal sería que en todos los países se evitaran los sistemas prohibitivos de la adopción, ya que si consideramos a la adopción una ficción respecto de la cual muchos niños abandonados encuentran una protección adecuada en un núcleo familiar respetable de buenas costumbres, en lugar de tratar de evitarla lo mejor es regularla cada vez mejor para así lograr que tanto padres, que no han tenido descendencia, o que teniéndola tienen el deseo de proteger a un ser desvalido, lo realicen con las debidas garantías legales para darles a los adoptados un bienestar. En la actualidad, debido a diversas situaciones que se presentan en las sociedades, que años a tras podrían ser inimaginables, han orillado a que existan quienes estén en contra de la adopción. Es de nuestro conocimiento que la adopción se creó en nuestro derecho con el fin de otorgarles una protección especial a las personas que habían sido abandonadas por sus padres o bien otorgarles un consuelo a aquellas personas que no tenían hijos. Pero contrario a ello encontramos a las personas que pretenden con dicha institución satisfacer intereses denigrantes para la persona como son el tratar al adoptado como un servidor doméstico o quienes ven a la adopción como un negocio originando de ella un mercado negro debido a que la demanda de hijos adoptivos es cada vez mayor. No hay que olvidar, por otro lado, que la mayor

parte de los hijos dados en adopción son abandonados por sus padres, quienes en algún momento pueden tratar de recuperarlo y con ello crear un conflicto entre el padre adoptivo y el padre biológico, conflicto que en determinado momento afecta principalmente al hijo. Por ello, es necesario y de vital importancia no facilitar excesivamente la adopción, como tampoco prohibirla, sino darle la importancia que la misma merece y regularla en las áreas en donde cotidianamente van surgiendo problemas.

Es por eso que su importancia y regulación no se ha quedado únicamente en el nivel nacional sino que ha sobrepasado las fronteras a nivel internacional, prueba de ello es la celebración de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, la cual presenta en su contenido una serie de disposiciones en materia de adopción internacional de menores.

La institución que se regula es sin duda la adopción internacional por lo que deben existir puntos de contacto de carácter internacional entre adoptante(s) y adoptado. Existiendo dos sujetos: el adoptado y adoptante, cada uno tendrá su punto de contacto para que pueda surtir efectos. Puede resultar aplicable en casos en que todas las partes involucradas son nacionales, ya que el criterio para determinar la internacionalidad de la adopción no es la nacionalidad del adoptante(s) y del adoptado sino el domicilio de los primeros y la residencia habitual de los segundos.¹⁶ Por otro lado, la Convención antes citada en su art. 20 hace aplicables las llamadas adopciones con vocación a internacionalizarse, en las cuales todas las partes pueden ser mexicanas y residentes o domiciliados en el país.

¹⁶ Leonel Pereznieta Castro, Derecho Internacional Privado, p. 486.

Dentro de las formas de adopción que considera la Convención se encuentra la legitimación adoptiva y la adopción plena la cual establece los mismos vínculos entre adoptante(s) y adoptado de los que existen con el hijo biológico. En la mayoría de las legislaciones latinoamericanas no tiene esta forma de adopción; pero en las adopciones internacionales que la Convención reglamenta se hace posible que el juez nacional aplique tal forma de adopción. Por lo que México está obligado a:

1.- "Permitir que se lleven a cabo en su territorio adopciones plenas en el caso de menores con residencia habitual en el país que vayan a ser adoptados por personas domiciliadas en algún Estado parte;

2.- Permitir que personas domiciliadas en el país, adopten en adopción plena a menores con residencia habitual en el país, si después de la adopción el adoptante va a fijar su domicilio en un Estado Parte.

3.- Reconocer los efectos de las adopciones plenas otorgadas en otros Estados que sean parte, ajustándose a la misma, sin que pueda pretenderse hacer valer la excepción de institución desconocida."¹⁷

Podemos darnos cuenta de tal manera que la adopción plena forma parte de nuestro derecho y no se encuentra regulado en ninguno de los códigos civiles del país, claro que su radio de acción se encuentra limitado. Pero sería conveniente que se incorporara a los mismos pudiendo de tal manera coexistir ambas para que se pudiesen emplear según las conveniencias y circunstancias del caso en particular con el consentimiento de ambas partes.

¹⁷ Fernando Alejandro Vázquez Pando, Régimen Jurídico de la Adopción Internacional de Menores, Derechos de la Niñez, p. 229.

En este sentido cabe mencionar que el artículo 410-A del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 410-A.- El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea.”

La adopción es irrevocable

La adopción es sin lugar a duda una institución que merece que se le otorgue gran importancia; prueba de ello es que es considerada como un derecho del menor reconocido por la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 21, como un medio de cuidar al niño, el cual siempre velará porque el interés superior del niño sea la consideración primordial y se le otorgue bienestar al menor adoptado. Esto trae conjuntamente la necesidad de que se vigile por un lapso considerable la adopción, con el fin de determinar si es conveniente para el menor.

En el caso de las adopciones internacionales es más importante que se lleve a cabo, ya que el menor sale del país en que reside para internarse a otro, que generalmente desconoce pero precisamente por eso se hace más

difícil dicha labor, por lo que la Convención en su artículo 8 establece que durante el lapso de un año se informe a las autoridades que otorgaron la adopción sobre la manera en que ésta se desarrolla, con el fin de que en ese plazo se le dé aviso a la institución acreditante del otorgamiento de la adopción. Sin embargo, México no ha establecido aún una institución específica para que realice dicha labor, que considero de vital importancia para proteger los intereses del menor.

Con lo anterior se ha pretendido evitar y combatir el tráfico de menores, ya que éste se debe en gran parte a las múltiples irregularidades que presentan los derechos nacionales en sus adopciones. México debe prestar mayor atención a dicha institución en el ámbito nacional, ya que el ámbito internacional va más adelante, por lo que se debe modificar atendiendo a las necesidades actuales y protegiendo cada vez más al menor de los actos ilícitos de los que pueda ser sujeto.

La adopción requiere de una regulación extraordinaria que logre proteger los intereses del menor, ya que a través de ella se pretende otorgarle al niño un núcleo familiar, del cual había quedado exento, y lograr así que se le proteja recibiendo todos los beneficios que represente el tener una familia; esto es, cuidados, educación, atención médica, vivienda, alimentación, vestido, etc., todo con el único objetivo de tener un desarrollo sano y evitar el desamparo. No podemos imaginar el número tan grande de niños que son abandonados por sus padres en las calles o en cualquier lugar inimaginable como basureros, estaciones del metro; incluso en los hospitales, al momento de que las madres dan a luz, éstas desaparecen dejando a los niños indefensos y sin nadie que pueda ver por ellos. De ahí que la adopción es una institución creada con un objetivo protector de los derechos del menor

y por ello se debe atacar y evitar la realización de cualquier acto que vaya en contra de dicho objetivo, preservando ante todo el interés superior del menor.

1.4. La tutela.

La palabra Tutela procede del verbo latino *tueor*, que quiere decir defender, proteger. Cuando se habla de la Tutela, inmediatamente nos dirigimos a lo que se especifica en el derecho civil, es decir, atendiendo principalmente al conjunto de derechos y obligaciones del tutor y pupilo sin ponernos a pensar si éstas en la actualidad satisfacen íntegramente los derechos de la niñez en el sentido de ver si responden a la protección integral de cuidado y la atención que le corresponde al menor en la actualidad.

La tutela representa relaciones cuasi-familiares, en ésta no hay familia, pero en cambio se "da plena satisfacción a las necesidades que sólo en la familia tienen verdadera solución, sobre todo las concernientes a la asistencia y cuidado, protección y representación de aquellas personas que por su situación de inferioridad jurídica no pueden bastarse a sí mismas."¹⁸ La Tutela va más allá de lo que compete al derecho civil ya que son infinitos los requerimientos que se ven en nuestro tiempo para tutelar y proteger en diversos aspectos a todos los menores en general y muy especialmente a los menores sin padres o abuelos quienes reclaman una mayor protección, así como los incapacitados.

"Con la Tutela el legislador pretendió lograr el desinterés en favor de los menores: mirar la vida así, con desinterés, con caridad, pero también como economía, puesto que el tutor, además de cuidar y velar primordialmente por

¹⁸ Ignacio Galindo Garfias, El derecho del menor a la tutela, Derechos de la Niñez, p. 288.

la persona del pupilo, está obligado a administrar sus bienes.”¹⁹ De ahí que se derive que el cumplimiento de ese deber de ayudar a nuestro semejante sea considerado una función de interés público respecto de la cual nadie puede eximirse sino por causa legítima, dejando bien claro que la Tutela se considera de las instituciones de derecho privado que expresa claramente el interés público en la protección y la formación adecuada de la niñez, debiendo de coincidir el interés público con el interés particular del menor.

La tutela no es propiamente una institución sustitutiva de la patria potestad, ya que ésta actúa, vive y funciona por sus propios fundamentos; es por ello que ésta por su propia naturaleza no admite sustitutos, ya que nadie puede ejercerla si no cuenta con el título necesario que es el vínculo generacional, es decir, sólo puede ejercerla el padre que lo engendre o la madre que lo concibió y a falta de éstos sus inmediatos ascendientes y por lo tanto ésta se deriva de un hecho jurídico.

La tutela genera una relación jurídica, entre tutor y pupilo, la cual trae consigo derechos y obligaciones cuyo objeto es la guarda de la persona, el cuidado de los bienes y la representación de quien tiene alguna incapacidad natural y legal. La capacidad se ha definido como "la aptitud para adquirir un derecho, o para ejercerlo y disfrutarlo".²⁰

La tutela tiene un triple objeto: el primero es la guarda o custodia del incapaz, lo cual comprende el alimento y educación del incapacitado; el segundo se orienta al cuidado y administración de los bienes, surgiendo la figura del curador en nuestro derecho, cuya función es la de vigilar al tutor y cuidar los derechos e intereses patrimoniales económicos del incapacitado.

¹⁹ Ignacio Galindo Garfias, Primer Curso de Derecho Civil, p. 692.

²⁰ Rafale de Pina, Op. cit., p. 142.

Nuestra legislación señala en el artículo 449 del Código Civil que "en la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados" y con ello se le otorga preferencia a la persona sobre los bienes. El tercero, es la representación del incapaz en todo momento, dentro y fuera de juicio.

El hecho que da lugar a la tutela, no es tanto la incapacidad del menor sino simplemente la necesidad del mismo de recibir un apoyo no tanto por ser incapaz sino porque es menor y por ello está desprotegido. El menor de edad necesita forzosamente de la protección de los padres o bien de un tutor y en todo caso de la protección de la sociedad en general en diversos aspectos y medidas. Por ello, la tutela debe ser otorgada al menor como un deber de protección que le ofrece la comunidad a todos los menores, un derecho del menor a ser protegido, brindándoles a los menores una existencia digna, sana, decorosa y socialmente útil.

El menor tiene derecho a disfrutar de una salud física y mental; y tanto la sociedad como el Estado deberán actuar conjuntamente, quedando comprometidos a suministrar los apoyos y la protección que requieran los menores para lograr ese objetivo, el cual se intenta alcanzar en el seno de la familia, pero en el caso de quienes carecen de ella se puede obtener a través de la institución de la tutela; de ahí que su análisis sea importante para que ésta logre que efectivamente el menor goce de los derechos que le corresponden y se le protejan los mismos.

La tutela es tan importante como lo son las demás instituciones de derecho civil, ya que con ella se pretende dar al menor una protección con la cual podrá gozar de vivienda, alimento, vestido, educación, atención médica, etc., para evitar que los menores queden en total descuido de quienes le rodean. En nuestros días hemos visto que los valores de la sociedad se ven

cada día más destruidos, encontramos más niños olvidados por sus familias o carentes de ella, viviendo en situaciones infrahumanas en donde se les pudiera equiparar con animales; y que decir de aquellos que tienen incapacidades naturales que por cualquier circunstancia psicológica o fisiológica están afectados en la voluntad o en su inteligencia, a quienes los encontramos aún en peores situaciones, ya que nadie quiere hacerse responsable de ellos, incluso los abandonan en instituciones destinadas para el cuidado de los mismos y donde diariamente podemos observar la constante violación de sus derechos. Es cuando se empieza a cuestionar por qué no actúan aquí nuestras instituciones de derecho civil y organismos que fueron creados para proteger a los menores de dicha violación de sus derechos. Por ello considero que el problema no se encuentra en la organización de nuestras instituciones, en este caso de la Tutela, sino de la aplicación de las mismas a las situaciones que se presentan hoy en día que como todos sabemos han variado de las que se presentaban cuando éstas fueron creadas.

1.4.1. Antecedentes históricos de la tutela.

En el derecho romano, la tutela presenta la finalidad de la protección personal y de gestión patrimonial relativa a los menores impúberes la cual fue evolucionando poco a poco, y para las mujeres sujetas a tutela cualquiera que fuese la edad, existió hasta la reforma creada a fines del Imperio. Como se sabe para el derecho romano únicamente "los seres humanos que no reunieran las características de libertad, ciudadanía y de ser sui iuris eran considerados personas y como tales sujetos de derechos y obligaciones aún cuando no pudiesen ejercerlos por ellos mismos por considerarlos total o parcialmente incapaces, ya fuese por cuestiones de edad, enfermedades

psicológicas o sexo".²¹ Siendo de tal manera los únicos que podían constituir a las figuras de tutela y curatela creadas en esa época con funciones diferentes a las figuras que conocemos actualmente.

La tutela ha tenido un largo desarrollo histórico, desde sus inicios mantuvo un poder establecido en interés de la familia del pupilo, siempre inclinado a la idea de una copropiedad familiar, convirtiéndose éste en un cargo establecido en beneficio del pupilo otorgado al más próximo varón heredero del pupilo; pasando de ser un derecho del tutor o un poder jurídico, a una obligación a la cual puede éste sólo sustraerse comprobando una causa de dispensa; con ello va adquiriendo el carácter actual: el de carga, aunque no pública, sino de interés público, es decir, la obligación de proteger los intereses respecto de la persona y los bienes del menor.

“Servio Sulpicio definía a la tutela como fuerza y potestad sobre una persona libre, acordada y autorizada por el Derecho Civil, para defender al que por razón de edad o sexo no puede defenderse por propia iniciativa.”²²

La tutela en el derecho romano estaba creada para situaciones como la infancia, impubertad, sexo femenino, mientras que la figura de la curatela era creada para proteger a personas físicamente capaces, pero mentalmente débiles.

Los considerados incapaces por razones de la edad eran: los llamados mans dentro de los que se consideraban a los menores hasta la edad de siete años; el impúber; entre los siete años hasta la edad de doce años para mujeres y catorce varones; y al minor viginfi quinque annis, entre el comienzo

²¹ Guillermo Margadant S., Op. cit., p. 219.

²² Romero de Casso, Diccionario de Derecho Privado, p. 3836.

de la pubertad y los veinticinco años. Tanto infantes como impúberes tenían tutor que se designaba por testamento o por vía legítima y a falta de ello por nombramiento oficial.

El tutor de los infantes debía realizar los actos jurídicos en los que el pupilo tenía interés y la consecuencias de los mismos repercutían en el patrimonio del tutor ya que no contaba con la representación directa como sucede actualmente, es decir, el tutor romano intervenía en los negocios del pupilo a nombre propio y al momento de rendir cuentas tenía que traspasar lo referente a los gastos y deudas contraídas al patrimonio del pupilo.

Tratándose de la tutela de impúberes, éstos realizaban los actos en presencia del tutor pero actuaban personalmente por lo que los actos resentían en su patrimonio, el impúber podía realizar todo tipo de negocio y en los bilaterales, es decir, en aquellos que implican tanto derechos como obligaciones, sus derechos eran exigibles pero sus obligaciones no tenían sanción procesal, considerando ésta una situación injusta por lo que posteriormente se crearon figuras respecto a ello. Por último, la tutela para los menores de veinticinco años fue creada para evitar que se cometiera abusos por su inexperiencia, ya que se podía considerar que tenían originalmente la plena capacidad de ejercicio, estableciendo sanciones penales a aquellos que con mala fe se aprovechaban de los mismos.

También surgió la tutela para las mujeres colocándolas bajo tutela testamentaria, legítima o dativa, quien podía con consentimiento de su padre nombrar a su propio tutor, el cual tenía una actuación limitada a ciertos actos importantes; dicha tutela desaparece en el siglo V.

Ahora bien, en Grecia "el patrimonio de un menor era administrado por un tutor, su agnado más próximo en línea paterna, a menos que el padre hubiese señalado tutor inter vivos o por testamento",²³ mientras que en Atenas la administración de los bienes del menor estaba supervisado por el magistrado principal, existiendo la posibilidad de que cualquier ciudadano podría quejarse en caso de considerar al tutor negligente. En ambos casos el tutor era responsable por el reembolso y restitución del patrimonio de su pupilo.

En el derecho histórico español se ve reflejada la influencia del derecho germánico y romano, ya que la tutela aparece organizada de la siguiente manera: coexistían la tutela y curatela, delación testamentaria, legítima y dativa e intervención judicial. Consideraban al cargo de tutor como "la guarda que es dada y otorgada al huérfano libre de catorce años, y a la huérfana menor de doce años; que no se puede ni sabe amparar."²⁴ Señalaban que "la tutela se da sólo a los pupilos, esto es, a los que no han llegado a la edad de la pubertad, y la curatela a los adultos menores de veinticinco años, a los mayores que son locos, fatuos o pródigo y aún interinamente a los pupilos, por ausencia, incapacidad temporal o impedimento del tutor."²⁵

En México, la tutela se reglamentó desde el Código de 1870, aunque en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1818 ya se hacía referencia a la figura de la curatela. En el art. 430 del Código Civil de 1870 se establecía que: "el Objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse a sí mismos", el cual se transcribió exactamente en el Código de

²³ Antonio de Ibarrola, , Op. cit., p. 385.

²⁴ Manuel F Chávez Ascencio, La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídico Paterno-Filiales, p. 383.

²⁵ Idem.

1884, en la Ley sobre Relaciones Familiares, y forma el primer párrafo del art. 449 del Código vigente, mismo que ahora señala que se considera un cargo público, ya que anteriormente se consideraba un cargo personal. En los códigos anteriores y en la Ley sobre relaciones familiares únicamente mencionaban a los tutores y curadores y actualmente como órganos de la tutela se mencionan: tutor, curador, juez de lo familiar y Consejo Local de Tutelas.

Anteriormente se tenían capítulos completos para reglamentar la declaración de estado de minoridad o interdicción, ya fuera de los pródigos o interdicción general; actualmente sólo lo regulan algunos artículos.

Respecto de la tutela legítima se señalaba que se daba en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad; ahora se da cuando no haya quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario; en el caso de la tutela dativa se prevenía que el mayor de catorce años podía nombrar el tutor; actualmente se exigen dieciséis años.

Debido al papel que jugaba la mujer en esa época no podía ser tutora, salvo en los casos de la tutela legítima del marido o de los hijos legítimos o naturales.

Posteriormente la tutela fue adquiriendo otras perspectivas, intentando otorgar mayor protección al menor, por ello se procuró que ésta tendiera preferentemente a la persona de los incapacitados más que a la propia administración de los bienes, creando así organizaciones especiales, tales como las de los Consejos Locales de Tutelas y los jueces familiares para que se encargaran de velar sobre la persona o bienes del incapacitado, imponiéndose incluso al Estado la obligación de sustentar y educar a los

menores que por no tener bienes, ni familiares, necesitan de que la sociedad les ayude. Se conceden facultades a los jueces para que exijan a los tutores garanticen eficazmente la administración de los bienes, se concede al Ministerio Público y a los parientes del pupilo, el derecho de promover la separación de los tutores a quienes consideren conforme a derecho no aptos para el desempeño del cargo. Con todo ello se pretendió crear de la tutela una figura jurídica que respetara e hiciera respetar los derechos que todo menor debe gozar.

1.4.2. Generalidades de la tutela.

En el derecho francés encontramos que la tutela surge en el supuesto de que faltare alguno de los padres; en nuestro derecho, en tanto viven los padres de un hijo, la persona de éste y sus bienes se encuentran sometidos a la patria potestad y a falta de éstos la ejercerán los abuelos paternos y a falta de éstos los maternos, surgiendo la tutela hasta el momento en que ya no exista nadie sobre quien recaiga la patria potestad.

Los métodos que se conocen que rigen a la tutela en las diversas legislaciones son: el llamado de familia que se debe a la influencia del Código de Napoleón, el cual lo retomó del Derecho Consuetudinario Francés, en donde el Consejo de Familia es el órgano de dirección y vigilancia. Dicho sistema consiste en un régimen dirigido por una asamblea de parientes que se organiza, reúne, delibera y decide si es necesaria la intervención de un tutor y un protutor el cual actuará bajo la supervisión de la autoridad judicial, quedando el consejo de familia encargado del funcionamiento y mecanismo de la tutela, por lo que el tutor queda bajo la potestad de la asamblea o consejo de familia que tiene potestad de decisión. Podemos encontrar en aquellos países que entienden a la tutela como una misión familiar, la cual se

podrá realizar por personas que tengan vínculos de parentesco o de amistad, como es el caso de Francia, Portugal y España; el segundo es conocido como el de autoridad y se basa en considerar las funciones tutelares que no se hubieren encomendado expresamente al tutor designado por sus lazos parentales con el pupilo, atribuyendo las mismas a los órganos del poder público. La protección al pupilo o incapacitado es un asunto del Estado. Entre las legislaciones que lo emplean encontramos a: Inglaterra, Alemania, Austria, Suiza, Holanda, Países Escandinavos, Serbia, América del Norte, Brasil y Bolivia; finalmente se conoce al sistema mixto el cual considera que debe quedar la tutela entre el régimen de familia y el de autoridad, es decir, que se comparte el ejercicio de la misma entre familiares y autoridades judiciales y administrativas, como sucede en nuestro derecho. Aún cuando la tutela sea familiar, se ejerce bajo la inspección y vigilancia de funcionarios encargados de los menores. Dicho sistema es seguido por diversos países como: México, Chile, Paraguay y Argentina.

La tutela confiere al tutor una potestad general sin confundirla con ser total y absoluta; se considera general ya que ésta abarca la totalidad de los intereses de los menores o incapacitados: su persona y sus bienes que por ello se le considera doble potestad tutelar, la cual trae consigo la potestad de guarda y educación y la potestad de administración; en ambos casos le corresponde al tutor la potestad de representación, es decir, es general por el ámbito de intereses que alcanza la protección, así como por el ámbito de sus facultades. Siendo dicha característica la que la hace distinguirse de otras instituciones tutelares.

La tutela genera un estado jurídico que establece una relación jurídica principalmente entre el tutor (con la participación del curador, juez de lo familiar y Consejo Local de Tutelas) y el pupilo. Dicha situación es originada

por el derecho, la cual se traducirá en deberes y obligaciones y derechos permanentes que durarán mientras exista la relación conforme a la ley.

La palabra tutela proviene del latín tutele, que a su vez se deriva del verbo tueor que significa: preservar, sostener, defender o socorrer. En consecuencia, da una idea de protección. En su más amplia acepción quiere decir "el mandato que emerge de la ley, determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesaria en su beneficio tal protección."²⁶ En general, se considera "toda suerte de protección, amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas e intereses."²⁷

En el derecho civil el concepto se emplea para las personas consideradas incapacitados de ejercicio, ya sean menores de edad o mayores en estado de interdicción, cuando éstos requieren de que se supla la patria potestad.

En el Código Civil español la conceptualizan como "la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de cuidarse por sí mismos."²⁸

El Código Civil argentino la define en su art. 377 como "el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil."²⁹

²⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VIII, p. 352.

²⁷ Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho, Tomo VIII, p. 233.

²⁸ *Ibid*, p. 234.

²⁹ *Ibid*, p. 233.

Conforme a derecho la tutela comprende la persona del incapaz y su patrimonio. "Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores o incapacitados. Es un cargo civil de interés público y de ejercicio obligatorio."³⁰

El Código de Colombia la define a la tutela y curatela como... "cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellas que no pueden dirigirse por sí mismas o administrar competentemente sus negocios. y que no se hallan bajo potestad del padre y marido, que puedan darles la protección debida, el cual al igual que el Código de Chile la establece como cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos.

El Código de Familia de Cuba establece que el objeto de la tutela es: la guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad que no están bajo patria potestad."³¹

Con la tutela surgen relaciones cuasifamiliares; en ésta no hay familia, pero se pretende con la misma "dar plena satisfacción a las necesidades que sólo en la familia tienen verdadera solución, sobre todo las concernientes a la asistencia y cuidado, protección y representación de aquellas personas que por su situación de inferioridad jurídica no pueden bastarse a sí mismas."

Nuestra ley civil se limita únicamente a conceptualizar el objeto de la misma, sin establecer una definición; la encontramos en el art. 449 que señala: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o

³⁰ Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, p. 689.

³¹ Manuel F Chávez Ascencio, Op. cit., p. 334.

solamente la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.”

“En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413”.

Sobre la tutela se han expuesto diversas concepciones tales como institución jurídica, poder, función jurídica, organismo de representación, carga pública o cuidado, protección y guarda del menor.

Algunos autores la consideran una institución jurídica entendiendo por ella “el conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que estructuran la función del estado de asistencia normal a los jurídicamente incapaces.”³²

Hay quienes hablan de ella como un poder conferido a una persona para cuidar a otra expresando que “la tutela es un poder protector cuyo origen no está en la naturaleza, sino en la ley que la establece para suplir la incapacidad, ya de los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general.”³³ Se debe especificar que no se atiende al poder como mandato sino que se trata de un poder de representación legal cuyas facultades están previstas por la ley y no pueden excederse de sus límites.

³² Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, p. 689

³³ Idem.

Por otro lado la encontramos como función jurídica, la cual se le concede a una persona capaz que tiene por objeto el cuidado de la persona de un incapaz y la administración de los bienes del mismo.

Otros la consideran como organismo de representación respecto de un incapaz por ser menor de edad o bien por interdicción; o como "carga pública impuesta a una persona capaz de cuidar a otros incapaces y representarla en los actos de la vida social." Tal es el caso de Colombia y Chile.

Por último quienes la definen como medio de protección, cuidado o guarda, encontrando al Código de Cuba, igual que el nuestro, en dicho rubro, el cual caracteriza a la tutela por la guarda de la persona y los bienes del incapaz. "Algunos autores señalan que la tutela es la institución mediante la que se subviene a la protección personal y patrimonial de un menor huérfano."³⁴

La tutela significa más que nada el cumplimiento de ese deber de ayuda a nuestro semejantes, debiendo de ser considerado como una función de interés público lo cual no implica que la tutela sea considerada de derecho público sino que es una de las instituciones de derecho privado que claramente trae implícito el interés público que siempre debe de ir acorde con el interés particular del menor, en la protección y la formación adecuada de la niñez y del menor de manera general. La tutela abarca todos los aspectos de la vida el social: porque al hablar de familia conlleva el concepto de comunidad, de tal manera que si se afecta a un miembro de la misma afecta a toda la sociedad; en lo económico, se habla de un patrimonio que forma parte de la economía de un Estado; en lo jurídico, porque su regulación legal surge del sistema jurídico positivo.

³⁴ Manuel Chávez Ascencio, Op. cit., p.334.

1.4.3. Personas sujetas.

La tutela se conforma por cuatro órganos de los cuales tres son individuales y uno colegiado, es decir, la constituyen: tutor, curador, juez de lo familiar y el consejo local de tutelas, siendo el tutor por supuesto el órgano fundamental ya que sobre él recae la responsabilidad de la guarda de la persona y bienes del menor, el cual requerirá para determinadas actuaciones de la intervención de los otros.

Nuestro código civil en su art. 449 establece como requisito primordial para que se abra la tutela, el que la persona no se encuentre sujeta a patria potestad y en segundo término que tenga incapacidad natural y legal o sólo la segunda para gobernarse a sí mismo. De ahí que determine posteriormente en el art. 450 quienes serán considerados conforme a derecho incapaces naturales y legales, señalando lo siguiente:

Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

III. (Se deroga).

IV. (Se deroga).

Como observamos, la tutela protege a los menores que han quedado en cierta manera desamparados, sin familia y en algunos casos sin recursos para subsistir, por ello se deposita la obligación de velar por ellos a personas de quienes se espera logren dar al menor lo que su calidad de persona requiere como es la educación, cuidado, vivienda, alimentación y sobretodo protección de todos y cada uno de sus derechos, con dicha institución se está protegiendo al menor que ha quedado separado de sus padres o familiares cercanos que pudieran ejercer la patria potestad. El Estado interviene en defensa de los mismos tratando de colocarlos en hogares propios para su desarrollo sano o bien en instituciones creadas por el mismo para tal efecto.

La tutela requiere de ciertos requisitos como es el de la incapacidad, por lo que ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a la misma. De acuerdo al procedimiento y términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles, mismo que establece quiénes podrán solicitar la declaración de estado de minoridad o discapacidad.

Por lo cual entendemos que la tutela procede respecto de los incapaces, la capacidad se ha definido como la "aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí mismos."³⁵ Existiendo por ello una doble capacidad: la capacidad de goce y la de ejercicio; la primera significa "la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones",³⁶ mientras que la segunda supone la posibilidad de que el sujeto haga valer directamente sus derechos. Por lo que la incapacidad, podemos deducir, se refiere a la capacidad de ejercicio.

³⁵ Idem.

³⁶ Rafael Rojina Villegas, Op. cit., p. 158.

El menor puede realizar actos personales dentro de los cuales encontramos los siguientes: la capacidad para contraer matrimonio del hombre que ha cumplido 16 años y la mujer 14; el reconocimiento del hijo que puede hacer el menor de edad; para la adopción se requiere del consentimiento del adoptado si hubiere cumplido 14 años; el menor puede designar al tutor en la legítima y dativa; respecto de los bienes que adquiere de su trabajo tiene la propiedad, administración y usufructo; se les consultara a los mayores de 16 años respecto de la administración del caudal de la tutela así como para la elección de su carrera u oficio; siendo estos algunos ejemplos.

La ley destaca el deber del tutor de cumplir con sus obligaciones, tanto de la guarda de la persona como de sus bienes, resaltando la importancia del cuidado de la persona al señalar que en la tutela se cuidará preferentemente la persona de los incapacitados.

A través de la tutela los menores al ser considerados personas sujetas a la misma gozarán de los siguientes derechos:

a) Cuidado. El tutor está obligado a cuidar de la salud mental y física del pupilo, con ello gozará del derecho a la salud que todo individuo tiene dejando al tutor con la obligación semejante a la de los padres, siendo responsabilidad del tutor lograr la seguridad, alivio y mejoría de los sujetos interdictos adoptando medidas oportunas previa autorización judicial.

b) Guarda y educación. El menor tiene derecho a que se le otorgue una educación y se le procure una formación integral respecto de la cual se respetará la petición de los padres en caso de que existiera. La educación del menor no se debe entender únicamente la primaria sino también secundaria,

preparatoria y superior para que posteriormente se dedique al oficio o profesión que se elija, para ello se empleará parte del patrimonio del menor si existiera, determinando una cantidad proporcional y en su defecto el tutor le otorgará, de acuerdo a sus posibilidades, la educación a través de instituciones del Estado. Por lo que se refiere a la guarda, se pretende lograr con ello que el menor se integre a un hogar en el cual se velará por su persona.

c) Alimentos. El menor deberá recibir alimentos del tutor y los gastos ocasionados por éstos deben regularse de manera que nada falte según su condición y posibilidad económica, respecto de los menores la alimentación comprende además gastos necesarios para la educación primaria y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y persona. En caso de que las rentas no alcanzaren para cubrir los gastos de alimentación del menor, se determinará por el juez si el menor deberá aprender un oficio y si fuere posible que se sujetará a las rentas de los bienes los gastos de alimentación. El tutor deberá exigir judicialmente la prestación de los alimentos a los parientes que tengan obligación legal de proporcionarlos, en el caso de que no existieran parientes del menor a quienes se les pudiera exigir dicha obligación o existiendo no están en la posibilidad de darlos, se pondrá al pupilo en un establecimiento de beneficencia pública o privada donde pueda educarse o bien en caso extremo serán alimentados y educados a costa de las rentas públicas del Distrito Federal como señala nuestro código civil en el art. 543.544 y 545.

d) Administración de sus bienes. El tutor será el encargado de los bienes del pupilo como administrador legal y deberá de desempeñar su cargo como un buen padre de familia.

Así como el tutor tiene obligaciones, también las tiene el pupilo, aunque la ley no lo dispone el pupilo cualquiera que sea su estado, edad y condición, que interviene en la relación jurídica debe obediencia y respeto al tutor, a semejanza de lo dispuesto en la patria potestad. El pupilo debe responder del saldo que exista en favor del tutor así como debe de indemnizar al tutor del daño que haya sufrido por causa de la tutela y en el desempeño de la misma siempre y cuando no haya intervenido de su parte culpa o negligencia.

De tal manera que, como en toda relación jurídica, encontramos derechos y obligaciones, en la tutela se encuentra una característica especial que es la solidaridad humana misma que hace que se responda atendiendo a las necesidades de otros seres en la medida de lo posible logrando la protección y el cuidado de los menores tratando con ello de satisfacer sus necesidades fundamentales, quedando ello bajo la voluntad de quienes la ejercen ya que más adelante se observará cómo se protege jurídicamente primordialmente a los bienes de los menores que a la persona del mismo.

1.4.4. Clases de tutela.

En el derecho romano existieron dos instituciones que cubrían los fines tutelares: tutela y curatela, la primera considerada para los impúberes y la segunda para los que habían alcanzado la pubertad y tenían una capacidad de obrar limitada. Poco a poco se va desarrollando el objeto de la tutela empezando el Estado a reconocer que el cuidado del menor es una cuestión pública, creando acciones que le darían a la institución el carácter de una administración y cuidado de los intereses del pupilo, convirtiéndose en una figura de la cual no es posible sustraerse sino por causas legales determinadas. Desde esa época se conocieron en Roma las diversas clases de

tutela que actualmente se clasifican en: Testamentaria, Legítima y Dativa. La tutela legítima correspondía, según las doce tablas, a "los parientes llamados a la sucesión a falta de herederos testamentarios, es decir, al agnatus proximus, y a falta de éste a los gentiles. La tutela dativa por su parte, fue introducida en Roma por una Lex Atilia de fines del siglo sexto, y en las provincias por una Lex Julia a fines de la República. Su finalidad fue impedir que el impúber o la mujer sui juris quedasen privados de la asistencia de un tutor en el caso de que no tuviesen ninguno por testamento."³⁷ Posteriormente se les otorgó a los magistrados el poder de nombrar tutor a petición de los interesados o del propio pupilo impúber, creando con ello la institución de la tutela que en muchos casos se consideraba tutela confirmativa.

A la tutela la podemos clasificar desde el punto del pupilo, en tutela de menores de edad y tutela de mayores con algunas incapacidades naturales que se establecen en la ley; y por otro lado, la podemos clasificar desde el punto de vista del tutor, es decir, de la manera en que se realiza su nombramiento, encontrándonos a la tutela legítima, dativa y testamentaria.

La tutela legítima "se confiere por orden de inmediato parentesco, a los colaterales hasta cuarto grado"³⁸, siempre y cuando no se haya nombrado tutor testamentario y que no haya quien ejerza la patria potestad sobre el incapacitado; nuestro código establece otro supuesto que es cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

La tutela legítima de los menores corresponde según el código civil español al abuelo paterno, abuelo materno, a las abuelas patera y materna

³⁷ Antonio de Ibarrola, Op. cit., p. 476.

³⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit., p. 363.

por el mismo orden aún casadas de nuevo, al mayor de los hermanos de doble vínculo, al mayor de los hermanos consanguíneos o uterinos, o a las hermanas".³⁹ Nuestra legislación considera que la misma corresponde: a los hermanos prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas; y, a falta de los anteriores, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive. Debido a que para que pueda surgir la figura de la tutela no debe haber quien ejerza la patria potestad, la cual se ejerce por el padre, madre, abuelos paternos o maternos, de ahí que queden excluidos de la tutela.

En caso de que existiera pluralidad de aspirantes a ejercer la tutela queda a juicio del juez la elección, considerando al más apto para el cargo; pero en el caso de que el pupilo ya hubiese cumplido los 16 años él podrá hacer la elección.

En el código civil argentino la tutela legítima tiene lugar "cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos, o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela o dejan de serlo."⁴⁰

Para el supuesto de los menores abandonados y de los recogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia, la tutela le corresponde a la persona quien los haya acogido o bien a los directores de los establecimientos de beneficencia, quienes tendrán las facultades y restricciones establecidas para los demás tutores. En dicho supuesto es donde aflora más el sentimiento de protección respecto de la persona indefensa que han dejado a su suerte responder por ellos. En el código civil argentino se establece que dicha tutela corresponde a las comisiones administrativas; el código civil español, al igual que el nuestro, la deja sobre

³⁹ Guillermo Cabanellas, Op. cit., p. 237.

⁴⁰ Idem.

los jefes de los lugares donde han sido recogidos, pero la representación en juicio quedará a cargo del Ministerio Público. A este supuesto también se le considera como tutela de hecho, cuyo antecedente es la protutela romana, que era la gestión de buena o mala fe de los bienes ajenos, pero por iniciativa privada.

Dentro del derecho español se determina que son tutela de hecho: la del tutor declarado incapaz por el Consejo de Familia y que pese a ello ejerce el cargo de tutor hasta en tanto se nombre otro; cuando llegando el menor a la mayoría de edad, el tutor continúa con su cargo siendo el menor loco, pródigo o sujeto a interdicción; cuando el tutor es nombrado por el Consejo de Familia y éste actué antes de que sea removido el anterior. En dicho supuesto el Estado interviene favoreciendo la protección que se le brindó al menor como una verdadera labor altruista por ser espontáneas.

Respecto a la tutela testamentaria, en nuestro derecho histórico únicamente podía nombrarse tutor testamentario a los menores, existiendo la facultad de poder nombrar tutor al que hubiere dejado al menor o incapacitado herencia o legado.

En el derecho argentino es conocida como la tutela dada por los padres, siendo aquella que la realizan los ascendientes que sobrevivan de los dos que en cada grado deban ejercer la patria potestad nombrando tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan, excluyendo con ello del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.⁴¹ El código civil español la considera como aquella que realizan el padre o la madre en su testamento, la cual puede recaer sobre cualquier persona siempre y cuando no se encuentre excluida en la ley.

⁴¹ Idem

Entre los supuestos que encuadra nuestro derecho encontramos:

1.- El caso del menor no emancipado que deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no se encuentre bajo patria potestad alguna, podrá nombrarle tutor únicamente respecto de la administración de los bienes.

2.- El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual y que su madre haya fallecido o no pueda ejercer la tutela legalmente podrá nombrarle tutor.

3.- Podrá nombrarse tutor al hijo adoptivo por parte del adoptado que ejerza la patria potestad, recordando en dicho supuesto el precepto legal que señala que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción excepto la patria potestad. Mientras que en el derecho español se establece que la tutela testamentaria no se funda en la patria potestad, pues quien la tiene como adoptante no puede nombrar tutor.⁴²

En la tutela legítima se considera que el nombramiento del tutor se realizará por los que ejercen la patria potestad previendo su fallecimiento, con la voluntad de dejar protegidos a los menores por lo que nombran a una persona que a su juicio debe merecer toda su confianza considerándola apta para continuar con sus obligaciones respecto del menor, ya que esta persona asumirá el cuidado de la persona y de los bienes del menor o incapacitado.

Por último encontramos a la tutela dativa que surge cuando no se hubiese dispuesto en testamento tutor para el cuidado y atención del menor o

⁴² Antonio de Ibarrola, Op. cit., p. 4979.

que nombrándolo estuviere impedido temporalmente para ejercer el cargo ni tampoco tuviere parientes en el grado que la ley determina para desempeñar el cargo de tutor legítimo, en tal caso el juez de lo familiar o el menor que hubiese cumplido 16 años con aprobación del juez, designará como tutor a una persona extraña, es decir, no pariente.

El juez seleccionará al tutor de una lista formada por el Consejo Local de Tutelas en la cual se encuentran personas cuya honorabilidad es comprobada. Quedando la responsabilidad de nombrar tutor al juez quien en caso de no hacerlo oportunamente responderá de los daños y perjuicios ocasionados por esa omisión.

La tutela dativa protegerá a los menores que se encuentren en dicho supuesto aún cuando no tengan bienes que proteger, en tal caso se atenderá únicamente a la persona, es decir, a su cuidado otorgándole los derechos que le corresponden: educación, alimento, vivienda, vestido, entre otros.

En este supuesto tienen obligación de desempeñar la tutela mientras dure su cargo los siguientes: presidente municipal del domicilio del menor; los demás regidores del ayuntamiento; las personas que desempeñan la autoridad administrativa en los lugares en donde ni hubiere ayuntamiento; los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria, profesional del lugar donde vive el menor; los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo del Erario; los directores de establecimientos de beneficencia pública.

En las legislaciones española y francesa al existir un consejo de familia le compete a éste la facultad de nombrar al tutor dativo, en los mismos supuestos que menciona nuestra legislación, existiendo siempre la idea de

que el menor que ha quedado desamparado encuentre protección, teniendo en primer lugar los familiares que responder por él y en caso de que no existan o por circunstancias no pudieren atender al llamado, es aquí donde debe actuar el Estado quien a través de autoridades encargadas de ello como es el caso del juez de lo familiar, Consejo Local de Tutelas o Ministerio Público cumplan con su labor para que se atienda a las necesidades de esos menores. Abarcando con las tres clases de tutela diversas situaciones con el objeto de que el menor no quede desprotegido.

1.4.5. Situación jurídica del tutor.

El tutor es el cargo más importante y de mayor trascendencia ya que, como mencioné anteriormente, es en quien recae la responsabilidad del cuidado y guarda de la persona y bienes del menor.

Las características del cargo de tutor son:

Obligatoriedad.- Es decir, nadie puede eximirse salvo que exista una causa legítima para hacerlo ya que en caso de no aceptarlo será responsable de los daños y perjuicios que se produzcan al menor por dicha causa.

Unidad.- Esto se refiere a que el tutor debe ser una sola persona, atendiendo ello a que ningún incapaz puede tener más de un tutor ejerciendo el cargo. Dicha unidad de cargo también alude al hecho de que puede nombrarse un solo tutor a varios incapaces cuando éstos sean hermanos, coherederos o legatarios. En nuestro mismo código respecto de la tutela testamentaria se da la posibilidad de nombrar a personas diferentes para cada uno de los hijos. El tutor siempre deberá de respetar los intereses del menor ya que en caso de que fueren contrarios a ellos, se puede poner en

conocimiento del juez quien designará un tutor especial para dichas situaciones, pudiendo decirse que en este caso existirán dos tutores.

Legalidad.- Con ello se establece que única y exclusivamente la persona nombrada para el desempeño del cargo podrá ejercerlo, ya sea que su nombramiento se hubiese realizado en el testamento, por designación prevista en la ley o designado por el juez. Existirá tutela siempre y cuando el cargo de tutor sea discernido por el juez, en caso de que el tutor inicie su gestión antes del discernimiento estaremos frente a un supuesto conocido como tutela de hecho.

Antes de la designación del tutor, el otorgamiento de garantías y el discernimiento se requiere la protección y cuidado del menor cuando éste no tenga quien se encargue de él y sus bienes, por lo que se requiere que en ese lapso el juez de lo familiar cuide provisionalmente de la persona y bienes del menor dictando a la vez las medidas necesarias para evitar que el menor sufra algún perjuicio en su persona o en sus intereses.

Irremovible.- El tutor no puede ser removido del cargo sin que previamente haya sido oído y vencido en juicio.

Irrenunciable.- El tutor no puede renunciar sino por causa justa.

Remunerado.- A diferencia del derecho francés el cual establece que las funciones de tutor serán gratuitas, en nuestro derecho lo que se desea es el buen desempeño de la tutela aún cuando tenga que ser retribuida. La retribución podrá fijarla el ascendiente o a quien se nombre en el testamento en caso de las otras dos tutelas la fijará el juez. Esta no podrá ser menor de

5% ni mayor del 10% de las rentas líquidas de los bienes del pupilo. En caso de que el tutor incumpliera con la prohibición de contraer matrimonio con su pupilo sin previa autorización queda exento de recibir remuneración alguna viéndose obligado a devolver lo que hubiere recibido como tal.

Personal.- La tutela se considera como tal debido a que no puede transferirse en vida ni pasarse a los herederos. No por ello se debe entender que no puede hacerse representar por un mandatario para ciertos actos relacionados con su encargo. Dicho precepto tiene su antecedente en los códigos de 1870, 1884 y en la Ley sobre Relaciones Familiares en los cuales ya se hablaba de la tutela como un cargo personal. También dicha característica se refiere a que sólo se podrá realizar por persona física.

Temporal.- En el caso de la tutela de menores podemos señalar que ésta durará hasta que éste llegue a la mayoría de edad y en la de mayores incapaces ésta dependerá del tiempo en que dure la incapacidad pudiendo ser el tutor relevado de su cargo al cumplir 10 años en el ejercicio del mismo.

Interés público.- Así lo determina la ley, siendo su naturaleza puramente privada: guarda de la persona y bienes. Pero es de orden público e interés social como todas las leyes que se refieren a la familia, al matrimonio y a la protección de los incapaces.

General.- Se refiere a las facultades que se le otorgan al tutor, las cuales corresponden a la administración de los bienes del menor así como a la persona, no obstante que quienes ejercen la patria potestad se le establece ciertos límites y requieren de autorización judicial para realizar diversos actos.

El nombramiento del tutor se realiza de tres formas, esto es, por los padres del menor o incapaz (testamentaria), por la ley (legítima), por el juez (dativa).

La designación de tutor se debe por supuesto dar a conocer a la persona nombrada para ello con el fin de que acepte y preste, según sea el caso, las garantías necesarias conforme a la ley; posterior a ello el juez se encargará de discernir el cargo, es decir, lo habilita para ejercer el cargo. Desde ese momento el tutor ejerce una asistencia directa hacia el pupilo en sus actividades, lo representará en juicio y fuera de él así como en todos los actos excepto los personales, siendo responsable por los daños y perjuicios que ocasione en caso de un manejo incorrecto en el ejercicio de su cargo.

Al tutor se le considera suplente de la patria potestad, de ahí que se le confieren las mismas facultades de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva de buen ejemplo. Quedando el tutor obligado a otorgar al menor alimentos, educación y asistencia médica si así lo requiere, los gastos originados por alimentos y educación se determinarán de manera que nada le falte conforme a su condición y posibilidad económica por el juez o bien pueden señalarse en el testamento.

De tal manera que el buen desempeño de la tutela y que ésta cumpla con su objetivo primordial le compete en un gran porcentaje al tutor quien deberá de responder por todos sus actos relacionados con el ejercicio de su cargo, por ello es tan importante que se nombre como tutor a una persona honesta y respetable con cualidades dignas para desempeñar las funciones de un buen padre de familia ya que en él se deposita la confianza y la vida de un menor.

El tutor antes de empezar a ejercer sus funciones, es decir, antes del discernimiento del cargo deberá prestar caución para asegurar el ejercicio de su cargo, salvo el caso que se encuentre exento de ello.

Entre las obligaciones del tutor las más importantes son: dar alimentos, educación, atención médica necesaria y guarda del pupilo. Ahora bien la ley además de las antes mencionadas establece: hacer inventario de los bienes mismos que abarca la tutela dentro de un plazo determinado no mayor de seis meses en el cual la tutela únicamente se limitará a los actos de protección de la persona y conservación de los bienes hasta en tanto no se realice éste; administrar el caudal de los sujetos a la tutela mismos que serán consultados para los actos que se consideren importantes de la administración siempre que sea mayor de 16 años y sea capaz de discernimiento; representar al menor en juicio o fuera de él excepto en los actos personales y solicitar cuando sea necesario autorización judicial para realizar actos que lo requieran; admitir donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado.

Atendiendo a la representación legal, ésta es una figura que tiene por objeto suplir la falta de la capacidad de obrar de algunas personas, partiendo ésta por lo tanto del supuesto de la incapacidad del representado.

Nuestro Código Civil la prevé en el art. 23 el cual establece que la "menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas en la ley son restricciones de la personalidad jurídica", sin embargo, los incapaces podrán ejercer sus derechos y contraer obligaciones a través de un representante legal. Al igual que lo hace específicamente para el caso de la tutela estableciéndolo en el artículo 537, fracción V.

Se establecen en la ley algunos actos de representación que deberá realizar el tutor como por ejemplo: comparecer en caso de adopción para que otorgue su consentimiento; aceptar la herencia que se deja al menor o incapaz, pudiendo repudiarla con autorización judicial previa audiencia del Ministerio Público; participa en la designación del albacea cuando el testador no lo haya hecho votando en representación de los herederos menores bajo su cargo; son responsables de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores terminando dicha responsabilidad en caso de que los actos ilícitos se realizaren encontrándose los menores bajo la vigilancia y dirección de otras personas siendo en ese caso ellas las responsables.

El régimen de representación que le otorgó nuestro código a la tutela lo tiene también la legislación francesa.

Por lo que se refiere a otra de las funciones del tutor antes mencionada que es la guarda de los bienes la cual otorga al tutor facultades generales para la administración y actos de dominio con las limitaciones encuadradas en la ley, misma que se encuentra relacionada con la representación legal. El tutor no podrá entrar en la administración de los bienes sin que antes se nombre un curador, excepto en el caso de los expósitos, ya que en caso contrario será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al pupilo, siendo además una causa de separación de la tutela.

Los gastos que se originen de la administración serán con cargo al patrimonio del pupilo, el tutor determinará con aprobación del juez la cantidad necesaria para cubrir los mismos. El tutor como administrador deberá de rendir cuentas de su desempeño, misma que deberá de realizarse con detalle de todas las operaciones y actos llevados a cabo, se presentará de manera

anual en el mes de enero otorgándose una prórroga de tres meses y en caso de no presentarse en dicho período dará origen a la remoción del tutor. Desde el Código de Napoleón, la rendición de cuentas ha sido considerada como un acto importantísimo con el fin de evitar un mal manejo de los bienes, al igual que prevenir que el tutor pudiera obtener con demasiada facilidad dinero perteneciente al pupilo; de ahí que desde entonces la figura de la tutela se rodea de precauciones y garantías respecto del tutor.

La rendición de cuentas es obligatoria tal como lo establece el artículo 590 del Código Civil y deberá de rendirse al juez de lo familiar del lugar en el que se desempeña la tutela, dándose las a conocer al curador, consejo local de tutelas, al menor que haya cumplido 16 años, al tutor que reemplace y al pupilo que deje de serlo; una vez que se conozca la cuenta el juez deberá de aprobarla o en su defecto desaprobala y si es posible indicar los alcances del auto de desaprobación.

Nuestra ley especifica tres clases de cuenta: La Ordinaria, que es la anteriormente señalada; la Extraordinaria, que es aquella que se rendirá por causas graves, así calificadas por el juez, pudiéndola exigir el curador, el consejo local de tutelas o el menor que haya cumplido 16 años; y la que debe rendir el tutor al ser reemplazado por otro. Por último, la cuenta general final que debe rendir el tutor o herederos dentro del término de tres meses a partir de la fecha en que cese la tutela, pudiéndose prorrogar dicho plazo por causas justas a consideración del juez.

Observando cómo ambas funciones se relacionan, encontramos como se liga a ambas la obligación referente a formular un inventario de todo aquello que conforma el patrimonio del menor, en el que se requerirá de la intervención del curador y del pupilo, si cumple con los requisitos que exige la

ley. Dicha obligación no puede ser dispensada. Se exige que el inventario sea solemne y circunstanciado, lo que significa que deberá ser judicial y con todo detalle sin omitir ninguna circunstancia o particularidad. Debe describir cada bien mueble o inmueble, señalando ubicación de los inmuebles, características, marca, número de identificación y demás particularidades al igual que en los muebles, fijando el valor de cada uno de ellos.⁴³

En caso de que se llegara a omitir algún bien puede el juez pedir que se enliste a solicitud del menor antes o después de la mayoría de edad, del curador o cualquier pariente. Deberá el tutor, en caso de tener crédito contra el pupilo, inscribirlo para efectos de cobro; en caso de no hacerlo no podrá cobrarlo. Una vez realizado el inventario sólo se podrá modificar con aprobación judicial cuando el error del inventario sea evidente o se trate de un derecho claramente establecido.

Los bienes que el pupilo adquiera posteriormente se incorporarán inmediatamente al mismo siguiendo el mismo procedimiento.

Las facultades que se le otorgan al tutor tienen sus limitantes debido a que se pretende dar al menor la mayor protección respecto de sus bienes, encontrándose que desempeñará su cargo con la intervención del curador, juez de lo familiar de quien requiere de autorización para el ejercicio de ciertos actos y del Consejo Local de Tutela conforme a lo que establece la ley; de ahí que existan prohibiciones para que el tutor realice ciertos actos o bien requiera forzosamente de autorización judicial.

El tutor como encargado de la guarda de la persona y bienes del tutelado y representante legal del mismo, podrá realizar cualquier acto que

⁴³ Manuel Chávez Ascencio, Op. cit., p. 334.

considere conveniente para los intereses del menor. Por ejemplo, respecto de la persona podrá determinar a qué escuela deberá ir, los alimentos, el vestido, el médico, etc.; y, con relación a su patrimonio, realizar actos que sirvan para salvaguardar el patrimonio.

Sin embargo, a dichas facultades la ley establece ciertas limitantes, es decir, alguna formalidad suplementaria, por lo que el tutor requerirá en determinadas actuaciones la autorización judicial lo que se debe a que se pretende proteger al menor, entre los que citaré los siguientes:

- ◆ En el caso de los gastos de alimentos y educación el juez escuchando al tutor fijará la cantidad para los mismos.
- ◆ Para los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación.
- ◆ Para que el tutor pueda transigir o comprometer en árbitros los negocios del pupilo.
- ◆ El nombramiento de árbitros hechos por el tutor.
- ◆ Realizar el pago de sus créditos contra el incapacitado en donde también deberá intervenir el curador.
- ◆ Pedir prestado dinero a nombre del pupilo.
- ◆ Para enajenar o gravar inmuebles, los derechos anexos y los muebles preciosos del pupilo. La venta de bienes raíces se hará

judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos el juez decide si se hace en almoneda o no.

- ◆ Para rentar por más de cinco años los bienes del pupilo. Convirtiendo al juez en un vigilante y protector de los intereses del menor.

Las prohibiciones que le impone la ley al tutor se hacen con el fin de evitar que éste se deje llevar por su propio interés poniendo en juego los intereses del pupilo, existiendo un conflicto de intereses cuya sanción podría ser la nulidad del acto y las propias del cargo como sería la remoción del mismo.

Le está prohibido al tutor realizar cualquiera de los siguientes actos:

- ◆ Contraer matrimonio con la persona que ha estado bajo su guarda, al menos que obtenga dispensa, lo cual comprende también a los descendientes de éste.
- ◆ Comprar o arrendar bienes del pupilo.
- ◆ Aceptar cesiones para sí a título gratuito u oneroso contra el pupilo, salvo que se adquiera dicho derecho por herencia.
- ◆ Hacer donaciones a nombre del pupilo.
- ◆ No podrán dar fianza a nombre del pupilo.

Una vez que se haya emitido la sentencia que declara el estado de minoridad conforme lo establece el Código de Procedimientos Civiles, se

procede a la designación del tutor, misma que recaerá en la persona que se señale para ello de acuerdo a las tres clases de tutela antes mencionadas.

Sin embargo, la ley prevé para la designación del cargo ciertas personas que quedan inhabilitadas para el ejercicio del mismo por considerarlas que no reúnen las condiciones que se requieren para cumplir con el objeto de dicha institución, como son las condiciones en cuanto a la moralidad y buenas costumbres que son de estricta necesidad, ya que no se va a depositar la confianza de la vida de un menor en quien no cuente con una buena reputación y, por otro lado, se deberá tener plena capacidad civil, ya que representarán a la persona del menor.

Dentro de las causas de incapacidad previstas en el Código Civil art. 503 que señala a las personas inhábiles para el desempeño de la tutela y las que deben ser separadas de la misma, encontramos a las siguientes:

- ◆ Incapaz. Lógicamente un menor de edad no puede responsabilizarse de otro menor, al igual que los mayores de edad que se encuentren bajo tutela ya que éstos no pueden por su misma incapacidad cuidar de la persona y proteger los bienes de otro incapaz, por consiguiente no podrían en ningún momento representarlos.
- ◆ Inhabilitación por causas de delito. Aquellas personas que aún cuando sean anuentes para el cargo como lo señala la ley, hayan sido condenados por delito de robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad quedan inhabilitados para el cargo de tutor, viéndose muy razonable dicha causa debido a que carecen de la honestidad para la administración de los bienes del

incapacitado y quedarían aptos para reincidir en la comisión de un delito.

- ◆ Inhabilitación por Inmoralidad. Encontrando aquí el supuesto de quienes hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal respecto de la persona o administración de los bienes del menor. Comprendiendo de tal manera cualquier acto cometido de manera que ocasionare algún perjuicio o daño al menor o sus bienes, como podría ser que tuviesen un oficio o modo de vivir de mala conducta.
- ◆ Inhabilitación por la función. Las personas en el ejercicio de sus cargos públicos, como son jueces, magistrados, funcionarios o empleados de la administración de justicia y empleados públicos de hacienda que tengan responsabilidad pecuniaria o la hubieren tenido y no la hubieren cubierto quedan excluidos para el desempeño de la tutela.
- ◆ Intereses opuestos. En la tutela se pretende cuidar preferente y únicamente los intereses del incapaz, de ahí que en caso de que alguna persona tenga pleito pendiente con él o sean deudores del incapaz respecto de una cantidad considerable a juicio del juez quedan inhabilitados para el cargo excepto en el caso del tutor testamentario a quien teniendo conocimiento de dicha deuda lo designen para el cargo.
- ◆ Domicilio. Quienes no se encuentren domiciliados en el lugar en que se deba ejercer la tutela, obvio ya que difícilmente se podría hacerse cargo de una persona que no vive en el mismo lugar que el que lo

va a salvaguardar.

- ◆ Salud. Los que padezcan de enfermedad crónica contagiosa, ya que se protege la salud del menor.
- ◆ Por disposición de la ley. En general, aquellas personas a quienes la ley les prohíba el desempeño del cargo de tutor.

En la legislación española se consideran las misma causas anexando ellos a los religiosos profesos, anteriormente se señalaba a las casadas salvo que tuviesen licencia marital para ser tutoras. Nuestra legislación en la Ley sobre Relaciones Familiares también excluía terminantemente a las mujeres para el desempeño del cargo de tutor, sin embargo, dicha inhabilitación cesó en nuestro código actual se suprimió dicho precepto.

Si alguna de las causales antes mencionadas se llegase a presentar ya habiéndose discernido el cargo de tutor, inmediatamente se destituiría del cargo.

Observamos que con ello se pretende que el tutor sea una persona digna de confianza evitando que el menor quede bajo el amparo de personas cuya reputación esté en duda como lo pueden ser los delincuentes, sin embargo, cuántos menores están en este supuesto, en el que quizás no hayan sido condenados, aún las personas que cuidan de ellos pero se comportan peor que un delincuente y nadie los denuncia es ahí donde por más reformas que se le hagan a nuestras leyes no sirven de nada, por más supuestos que se regulen no sirven de nada, se pregunta aquí qué es lo que está sucediendo con la protección especial que requiere un menor, se convierten en insuficientes las figuras jurídicas ante los problemas reales.

Aún cuando los parientes del pupilo, si es que éste cuenta con ellos, puedan promover la separación del cargo, si los mismos no se encargaron del cuidado y la guarda del menor, se cree que estarán al pendiente del mismo. Es por ello que hay que proteger más al menor, que no pase a segundo término, que sea un rubro importante en la vida de México, si se cuida al mismo se pueden evitar problemas futuros, como la delincuencia, incluso la sobrepoblación si se educa desde pequeños a que tengan consciencia y responsabilidad de sus actos.

Ahora bien nuestra ley habla de separación del cargo de tutor cuando caigan en los supuestos señalados por la ley que son los siguientes:

- ◆ Mal manejo. Referente tanto a la administración de los bienes, haciendo énfasis a no rendir cuentas dentro del término legal, como respecto de la persona del pupilo, es obvio que si una persona no cumple con las obligaciones encomendadas tanto por la ley como por la sociedad misma, debe merecer una sanción y en el caso de la tutela, al no cumplir con el objetivo para el que fue creada, es mejor que se le separe de la misma.
- ◆ Incapacidad. El que se encuentre en cualquier supuesto de inhabilitación para el desempeño de la tutela desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad para el ejercicio del cargo.
- ◆ Matrimonio. El tutor que contraiga matrimonio con quien ha estado o está bajo su tutela.
- ◆ Ausencia. El tutor que se ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela.

El tutor que fuere procesado por cualquier delito quedará suspenso en el ejercicio del cargo, desde el momento en que se provee el auto motivado de prisión, hasta que se pronuncie sentencia irrevocable; absuelto el tutor volverá al ejercicio de su encargo, si es condenado a una pena que no lleve consigo la inhabilitación para desempeñar el cargo, volverá a desempeñarlo siempre que la pena impuesta no exceda de un año de prisión.

Se faculta para promover la separación del cargo por las causas antes mencionadas tanto al Ministerio Público, como a los parientes del pupilo.

1.4.6. Designación del cargo.

Para la designación y aceptación del cargo se deben cumplir con una serie de requisitos previstos en la ley, como se señala a continuación.

El tutor cualquiera que sea su clase debe manifestar si acepta el cargo y prestar la garantía que exige el Código Civil, ya que se le está confiando la administración de los bienes, el pupilo tiene el derecho de que se le garantice. En caso de que el tutor no pudiese dar dentro del plazo de tres meses después de aceptado su nombramiento la garantía establecida se deberá nombrar nuevo tutor, en dicho plazo ejercerá las funciones un tutor interino.

Al tratarse de menores es más necesario que se le proteja rodeando la actuación del tutor de garantías evitando con ello de que se pretenda abusar y ocasionar un perjuicio al menor. Debido a ello se dispone en el artículo 519 que:

El tutor, antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo. Esta caución consistirá:

I. En hipoteca o prenda;

II. En fianza;

III.- En cualquier otro medio suficiente autorizado por la ley.

La garantía prendaria que preste el tutor se constituirá depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; a falta de ella se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad.

De manera general todo tutor queda obligado a prestar caución para asegurar la administración de los bienes del pupilo, sin embargo para toda regla hay una excepción y por ello existen tutores que quedan exceptuados de dicha obligación, siendo los siguientes conforme el artículo 520:

Están exceptuados de la obligación de dar garantía:

I. Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador;

II. El tutor que no administre bienes;

III. El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que conforme a la ley son llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes, salvo lo dispuesto en el artículo 523;

IV. Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

La caución puede consistir en hipoteca o prenda y si el tutor no tuviere bienes en que constituir la hipoteca o prenda podrá dar fianza. En caso de que sus bienes no le alcanzaren para cubrir la cantidad necesaria podrán combinarse las garantías o bien solamente con fianza a juicio del juez. Los documentos en que conste la hipoteca, la prenda o fianza se deberán exhibir ante el juez de lo familiar quien se encargará de conservarlo en autos.

La caución se dará según lo establece el art. 528 C.C.:

La hipoteca o prenda y, en su caso la fianza, se darán:

I. Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;

II. Por el valor de los bienes muebles;

III. Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez;

IV. En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos.

La garantía se constituye en el caso de hipoteca mediante escritura pública otorgada en favor del menor, de la cual un testimonio se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad del lugar de ubicación de los bienes. La garantía prendaria se constituirá depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos y a falta de ella se

depositarán los bienes en poder de una persona de quien se presume notoria solvencia y honorabilidad, como lo exige la ley. Por último, en el caso de fianza no se limita a instituciones de fianza legalmente autorizadas, pudiéndose otorgar por personas físicas o morales que acepten constituirse en fiadores o compañías autorizadas para ello.

Nuestro Código establece una cuarta forma de garantía, que sería cuando el tutor sea también coheredero del incapaz y no tenga más bienes que los hereditarios, la garantía podrá ser la misma porción hereditaria, a no ser que esta porción no iguale a la mitad de la porción del incapaz, ya que en tal caso se integrará con bienes propios del tutor o con fianza.

DISCERNIMIENTO. Viene del latín *discenere*. La palabra discernimiento significa nombramiento del juez que habilita a una persona para ejercer un cargo.⁴⁴

Una vez que el tutor acepta el cargo y otorga la garantía procede el siguiente paso que es el discernimiento del cargo. "El discernimiento del cargo, es el acto judicial por medio del cual el juez de lo familiar, después de comprobar que los intereses del menor o incapacitado queden debidamente asegurados con la caución otorgada por el tutor, lo inviste de los poderes de representación y gestión de la potestad para el cuidado del menor. Sólo después del discernimiento del cargo, el tutor puede realizar los actos propios de la función de la tutela."⁴⁵

El discernimiento del cargo lo realizará el juez de lo familiar, mientras que en los países en que exista un consejo de familia, será éste quien le dé

⁴⁴ Rafael De Piña, Op. cit., p. 249.

⁴⁵ Ignacio Galindo Garfias, Op. cit., p. 701.

posesión y habilitación en sus funciones al tutor para ejercer el cargo. En los juzgados familiares habrá un registro en que se inscribirá testimonio simple de todos los discernimientos de los cargos de tutor y curador, el cual se examinará anualmente con el fin de dictar las medidas necesarias conforme a la ley.

EXCUSA. La tutela se considera que tiene un carácter obligatorio, esto es, que nadie puede eximirse de ella, por lo que podemos encuadrarla en un deber, sin embargo, existe la posibilidad de excusarse del cargo siempre y cuando se presenten los supuestos establecidos en la ley. Pudiéndose dar dicha causa antes o después del nombramiento. Si la excusa existía antes del nombramiento solo podrá invocarse dentro de los 5 días que sigan a la notificación de su nombramiento y si ésta surge durante el desempeño de la tutela se podrá invocar desde el día en que el tutor conoció de la excusa o impedimento. En caso de que no se invoque la excusa en el término señalado por la ley, se entenderá que se renuncia a ella y continuará en el ejercicio del cargo. En el lapso en que el juez determina si procede o no la excusa, éste nombrará un tutor interino para que continúe con el ejercicio de la tutela; en caso de que proceda la excusa se realizará el nombramiento de un nuevo tutor.

Para el caso del tutor testamentario, si llegase a proceder su excusa, perderá automáticamente todo derecho que se le hubiere señalado en el testamento por dicho concepto.

Las excusas que se pueden presentar por el tutor son las siguientes:

- ◆ Por razón de ocupaciones personales o profesionales. Pueden presentar excusa en razón de su cargo los empleados y funcionarios

públicos, al igual que los militares en servicio activo. Asimismo, los que tiene bajo su patria potestad a tres o más descendientes o bien tienen a su cargo otra tutela o curadería.

- ◆ Por razones personales. En dicho supuesto se encuadran las personas que fueren tan pobres que no pudiese atender la tutela, los que tuvieren mal estado habitual de salud o quienes por su ignorancia y rudeza no pudiesen ejercer la tutela.
- ◆ Por inexperiencia. Refiriéndose a aquellas personas que no están aptos para desempeñar la administración de los bienes del pupilo

El tutor deberá de tramitar ante el juez de lo familiar las excusas, en caso de que sean diversas las deberá de invocar al mismo tiempo, en caso contrario, las no presentadas se considerarán exentas

Si las excusas fueren desechadas por el juez, el tutor tendrá la obligación de desempeñar la tutela, de no hacerlo perderá el derecho de heredar al incapacitado que muera intestado siendo además responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten.

1.4.7. Intervención del juez de lo familiar y del ministerio público.

Nuestra legislación le otorga competencia tanto al juez de lo familiar como al Ministerio Público como auxiliares y vigilantes del desempeño de la tutela.

Es al juez en primera instancia a quien le compete constituir la tutela precisando la estructura que ha de seguir la misma concediéndole la intervención en los asuntos de la tutela concentrándose en él las facultades

de dirección, vigilancia, decisión y autorización de determinados actos de la tutela considerados de mayor importancia, colocando así al tutor en una clase de subordinado, por así decirlo, respecto del juez y como en algunas legislaciones lo consideran "un mero auxiliar de la administración de justicia para la protección de incapaces."⁴⁶

Dicho lo anterior la ley establece los actos en los que forzosamente deberá de intervenir el juez, tales como los siguientes:

- ◆ Nombramiento del tutor.
- ◆ En el nombramiento del tutor especial en el caso de que existiera oposición en los intereses de los incapaces, el cual defenderá los mismos.
- ◆ Cuidar provisionalmente de la persona y de los bienes del incapaz hasta en tanto se nombre tutor, siendo responsable por los daños y perjuicios que ocasione al menor si no cumple con las prescripciones relativas a la tutela.
- ◆ En caso de que considere que las reglas ya establecidas por el testador para la administración de la tutela son dañosas para el menor, podrá modificarlas o dispensarlas.
- ◆ Nombrar tutor interino cuando falte temporalmente el tutor testamentario.

⁴⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit., p. 321.

- ◆ Nombramiento de tutor dativo de entre las personas que conformen la lista del Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público o confirmación de la designación del mismo escuchando al Consejo Local de Tutelas. En caso de no hacer el nombramiento oportunamente será responsable de los daños y perjuicios que ocasionen al menor.
- ◆ En el supuesto de las personas exentas de otorgar caución podrá el juez dictar providencias necesarias para la conservación de los bienes del pupilo.
- ◆ Responderá subsidiariamente con el tutor de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela.
- ◆ Aprobar o desaprobar la cuenta entregada por el tutor
- ◆ Interviene en cuanto a la decisión de que el pupilo en caso necesario aprenda un oficio o bien se inscriba en un establecimiento de beneficencia.
- ◆ En todos aquellos actos en los que la ley prevé la autorización del juez para que el tutor pueda ejercerlos.

En la legislación española se establece que "las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguardia de la autoridad judicial."⁴⁷

⁴⁷ Manuel Peña Bernaldo Quiros, Op. cit., p. 567.

En cuanto al Ministerio Público éste actúa en nombre y representación de la sociedad. Por ello es que dentro de sus funciones como institución dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se encarga de velar por el cumplimiento y aplicación estricta de las leyes resaltando su intervención en materia tutelar por considerarse de interés público. Encontramos su participación en los asuntos relativos del Derecho de Familia. Dentro de las actuaciones en las cuales éste interviene podemos citar entre ellas a: la facultad de promover la separación de los tutores cuando se considere que se está en presencia de cualquiera de los supuestos que señala la ley; puede actuar ante el juez de lo familiar solicitando dicte éste las providencias que considere útiles para la conservación de los bienes del pupilo; comprueba la honorabilidad de la persona que se designará de la lista del Consejo Local de Tutelas para el cargo de tutor; pedir se nombre tutor dativo; al presentar el tutor su cuenta anual tiene la facultad de promover información de supervivencia e idoneidad de los fiadores dados por el tutor; está presente para deducir la acción correspondiente para que se reembolsen al gobierno los gastos que hubiere hecho en relación a los incapacitados indigentes que hubieren sido mantenidos a costa de las rentas públicas; tiene acción para solicitar que la garantía consistente en hipoteca, prenda o fianza, se aumente o disminuya proporcionalmente en los casos en que sí proceda.

Al igual que el juez y el Ministerio Público, es importante en el desempeño de la tutela por considerarse una institución de orden público e interés social lo cual se funda en una solidaridad humana. Por esto, la ley también hace mención a que cualquier persona que conozca del fallecimiento de quien ejerce la patria potestad, debe avisar al juez de lo familiar para que se proteja al incapaz; al igual que deberá de avisar al juez de la muerte del

tutor para que se designe a otro, y aún cuando no se encuentre en la ley debe la comunidad estar consciente de que los menores no deben ser objeto de injusticias, malos tratos, abandonos y desamparo. Si como adultos es difícil sobrevivir a los problemas que trae consigo un país tan grande y sobrepoblado, qué será para los niños quienes no cuentan con la capacidad ni medios suficientes para salir adelante.

No hay que pensar únicamente en aquellos menores que cuentan con un patrimonio asegurado por los padres, sino también en los que quedan más desprotegidos a los que el subsidio del Estado destina un porcentaje para su protección, siendo éste insuficiente; por ello es la sociedad la que debe formar parte importante de dicha institución, conocerla mejor, así como a los derechos de los que un niño es portador.

1.4.8. Extinción de la tutela.

La tutela puede terminar por desaparición de los supuestos de hecho, por causas relacionadas con el tutor y por suspensión del tutor, siendo la primera la única que produce efectos definitivos ya que las otras dos el pupilo sigue bajo la tutela pero termina en relación al tutor.

Los supuestos de hecho antes mencionados se refieren a aquellos que son considerados como necesarios para que la tutela pueda surgir, al desaparecer éstos es obvio que la tutela llegue a su fin, dentro de los que encontramos a los siguientes:

- ◆ **Mayoría de edad.** Tratándose de la tutela de menores que únicamente por ello están sujetos a tutela, es decir, no tiene otra incapacidad, es obvio que al llegar a la mayoría de edad ya no hay

motivo alguno para que puedan decidir por sus propios actos de ahí que la terminación de la tutela se da en forma inmediata en cuanto el pupilo adquiere la mayoría de edad, solicitando éste la entrega inmediata de sus bienes así como la rendición de cuentas ya mencionada anteriormente.

- ◆ Muerte del incapacitado. Lógico el supuesto ya que al no existir pupilo no hay razón para continuar la tutela, por lo que el tutor deberá de rendir cuentas junto con la entrega de los bienes al albacea de la sucesión.
- ◆ Reintegración a la patria potestad. Como se sabe se puede dar el supuesto de que el incapacitado entre nuevamente en patria potestad, esto sucede cuando el ascendiente es rehabilitado para el ejercicio de la misma en el caso de que éste hubiere sido privado o suspendido por sentencia. Al encontrarse el pupilo nuevamente bajo la patria potestad se pierde el objeto primordial de la tutela, la guarda de los que no están sujetos a patria potestad.
- ◆ Adopción. Esto es en el caso de que el pupilo sea adoptado. Correspondiéndole al tutor participar en la adopción para otorgar su consentimiento, posteriormente rendir cuentas y entregar los bienes al adoptante.
- ◆ Emancipación. El menor de 18 años que contraiga matrimonio produce la emancipación, por lo que éste sólo requerirá del tutor para los negocios judiciales, ya que realizará la administración de sus bienes libremente.

- ◆ Reconocimiento. Respecto del hijo nacido fuera de matrimonio, cuando éste es reconocido queda sujeto a la patria potestad del ascendiente(s) que lo hubiere reconocido, concluyéndose de tal manera la tutela.

- ◆ Desaparición de la incapacidad. En el caso de los mayores de edad sujetos a la tutela por alguna incapacidad natural y legal. En el momento en que desaparezca dicha incapacidad deja de tener necesidad de la existencia de la tutela.

Ahora bien cuando la tutela se termina por causas relacionadas con el tutor o suspensión del mismo, nos encontramos frente a los siguientes supuestos:

- ◆ Muerte del tutor. Cuando muere el tutor que está ejerciendo la tutela, sus herederos o ejecutores testamentarios quedan con la obligación de dar aviso al juez de la muerte quien nombrará inmediatamente un nuevo tutor de acuerdo con la ley.

- ◆ Remoción del cargo. En caso de que el tutor se encuentre encuadrado en alguno de los supuestos que señala la ley quedando inhabilitado para el desempeño del cargo.

Puede surgir el caso en que no sea el tutor separado o removido del cargo sino que se suspenda a éste del ejercicio de la misma hasta en tanto no se aclare su situación conforme a lo establecido en la ley.

Ahora bien una vez que se analiza la estructura jurídica de la tutela cabe señalar que se encuentra abarcando la mayor parte de los supuestos

que pueden llegar a realizarse, sin embargo, considero se debe de enfatizar más en la vigilancia del tutor para no propiciar la inobservancia de la ley. Se vigila preferentemente en los actos de administración pero por qué no vigilar más de cerca sus actos referentes a la persona del menor.

La intervención de organismos tales como el Ministerio Público y el Consejo Local de Tutelas debe dársele más importancia, ya que pueden tener mejor conocimiento de la realidad social y de los problemas que se le pudiesen presentar a los menores, ya que se le otorgan al juez de lo familiar facultad importantísima y le corresponde decidir lo relativo a la tutela, pero hay que estar acorde con la realidad, los jueces no están en la posibilidad de atender debidamente como se está desempeñando la tutela ya que tienen otros asuntos que resolver, y la vigilancia de la tutela se debe realizar detenida y minuciosamente. Por esto, la autoridad administrativa puede encargarse de la vigilancia, dejando que el juez de lo familiar únicamente se encargue de resolver los conflictos y la constitución de la tutela, contando en todo momento con la participación de los organismos antes mencionados.

También considero que al igual que se obliga al tutor a entregar una cuenta respecto de la administración de los bienes para conocer su desempeño, se le obligue a que en la misma se establezca la situación del menor en general, para poder continuar protegiendo al menor de cualquier acto considerado injusto y enfatizar que la tutela protege tanto los intereses patrimoniales como los intereses de la persona del menor, educación, guardia, alimentos, etc.

Nuestra legislación se ha distinguido por abarcar tanto el interés patrimonial como el personal, por ello debe llevarlo a la práctica. Es también de tomar en consideración que se debe enfatizar en la protección especial

que requiere el menor por su calidad de niño, atendiendo a la realidad de los menores en la actualidad, observar la cantidad de niños que existe y cuántos quedan asegurados económicamente reduciéndose el número enormemente, por eso se debe de atender más a la protección de su persona ya que son muy pocos los que cuentan con un patrimonio que proteger. Si nuestra legislación dio un gran paso hacia adelante que se vigile que se cumpla por la sociedad y por las instituciones destinadas para ello.

CAPÍTULO II

OTRAS INSTITUCIONES PROTECTORAS DE LOS
DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS.

2.1. La curatela.

La palabra curador viene del latín *curator* derivado de *curare* que significa cuidar. Su antecedente histórico jurídico lo encontramos en el derecho romano en donde ya existía la figura del curador, pero con una concepción distinta a la que encontramos en el derecho actual. El curador en Roma era quien se nombraba para remediar situaciones excepcionales como la prodigalidad, la locura o la inexperiencia de algunos púberes menores de veinticinco años, siendo éste por lo general un sabio consejero que orientaba a los púberes. Mientras que la tutela, como se mencionó anteriormente, era creada para situaciones normales como la edad o sexo, y quien ejercía el cargo de tutor era generalmente un hombre fuerte para proteger a los infantes, impúberes y mujeres.

Con la evolución de ambas instituciones se fue produciendo cierta asimilación, hasta llegar a la conceptualización del derecho moderno en el que al tutor se le considera "a la persona que la ley sitúa cerca del tutor para realizar una vigilancia concreta y específica de la gestión realizada por el representante del menor o del incapaz en relación a sus bienes".⁴⁸

Nuestro Código Civil establece en su art. 618 que: "Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador, excepto en los casos de tutela a que se refieren los artículos 492 y 500".

⁴⁸ Manuel Chávez Ascencio, Op. cit., p 352.

A través de la curatela se pretende otorgar un vigilante al tutor, con el fin de que se protejan los intereses del pupilo ya que al existir una persona que tiene a su cargo el cuidado de un incapaz la ley será más severa en cuanto al ejercicio del cargo.

En las leyes de partidas definían a los curadores como "aquéllos que dan por guardadores a los mayores de catorce años y menores de veinticinco siendo locos o desmemoriados. Los que se hallen en su acuerdo no podrán ser apremiados a recibir curadores, a no ser que tengan que demandar a alguno."⁴⁹

La curatela se diferenciaba de la tutela según la Partida, en que la tutela se designaba para la defensa y guarda de menores de 14 y 12 años, según fueren varón o hembra, y la curatela para quienes mencioné anteriormente. También se distinguían en que la tutela se daba a los pupilos sin consultar su voluntad y la curatela no podía imponerse a los menores si éstos no la querían.

En nuestro derecho en la ley de Enjuiciamiento Civil de 1818 se establecían tres clases de curatela:

1. Ad bona. Surgía por la cuestión de la minoría de edad, misma que se le otorgaba a los menores de 25 años. Podía ser testamentaria y dativa únicamente.

2. Ejemplar. Abarcaba los supuestos de incapacidad física o moral, cualquiera que fuese la edad y podía ser testamentaria, legítima o dativa.

⁴⁹ Antonio de Ibarrola, Op. cit., p. 532.

3. Ad litem. Era la destinada para pleitos, se otorgaba a los menores sujetos a la patria potestad, tutela o curatela cuando no pudieses representarlos en juicio conforme a la ley, así como para los menores o incapacitados.

En la exposición de motivos del código civil de 1870 se le otorga al curador el carácter de vigilante fiscal del tutor y de garantía del incapacitado. Por lo que se dispone que todo sujeto a tutela tendrá un curador, su nombramiento, impedimentos y excusas serán iguales que para el tutor. Su obligación consiste en vigilar al tutor, dar parte al juez de lo que considere perjudicial para el menor. En dicho código los artículos 669 a 678 del Código Civil comprendían la figura del curador.

Lo anterior al igual que los artículos 465 a 474 Código Civil de la Ley sobre relaciones familiares se pueden considerar los antecedentes históricos de los artículos que comprenden la curatela en nuestro código actual.

Nuestro código civil vigente en su art. 618 establece que para "todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador", salvo el caso de los expósitos o quienes no tengan bienes y se encuentren sujetos a tutela dativa.

Comprende la figura de curador interino para tres casos:

1.- Cuando se nombre tutor interino, se le deberá nombrar curador con el mismo carácter, sí no lo tuviere definitivo o si teniéndolo se encontrase impedido.

2.- Se nombrará en caso de oposición de intereses de alguno o algunos de los incapaces. art.620 C.C., al igual que se nombra tutor especial.

3.- En los casos de impedimentos, separación o excusa del nombrado los cuales se regirán con las mismas normas que la tutela, mientras se decide el punto, una vez que se decida, se nombra curador conforme a derecho.

Las obligaciones del curador consisten, de manera general, en vigilar la tutela defendiendo los derechos del incapacitado, en caso de no cumplir con las mismas, al igual que el tutor, será responsable de los daños y perjuicios que resultaren al incapacitado.

El curador está obligado además a: dar aviso al juez para que se haga nombramiento del tutor cuando éste faltare o abandonare la tutela; interviene en la formación de inventario; será oído cuando se trate de variar la carrera que estudia el menor; puede hacer que se enlisten bienes omitidos en el inventario; presta su consentimiento para enajenar o gravar los bienes del menor; interviene cuando el tutor desee transigir algún negocio; pedir la separación del tutor negligente, que maltrate al pupilo o administre mal sus bienes; obligar al tutor a rendir cuentas por causas graves, calificadas por el juez; interviene cuando el tutor interino rinde cuentas en definitiva; examina detalladamente la cuenta anual que rinde el tutor de su administración, en caso de no estar conforme con ella puede apelar de la sentencia aprobatoria del juez y en caso de que estuviese conforme y el juez la desaprobó puede apelar también.

En cuanto al término de la curatela ésta cesará cuando salga el incapaz de la tutela pero en caso de que únicamente se termine respecto del tutor el curador continuará ejerciendo el cargo. Tendrá derecho a una retribución cuando se requiera de su intervención, la cual será conforme al honorario que señale el arancel a los procuradores. En caso de que hiciere un gasto en el desempeño de su cargo deberá de pagársele.

Observando con ello que tiene naturaleza análoga a la de la tutela, ya que al igual que la misma constituye un deber que se ejerce en beneficio del incapaz, da origen a una relación jurídica entre curador y pupilo que surge por designación judicial, esto es, que es el juez quien determina su existencia y al igual que la tutela es un cargo de interés social cuyo fin es el bien de quien se protege. Pero también se diferencia de ella por que tienen distinto alcance sus facultades, en la tutela la potestad tuitiva es de alcance general comprendiendo la potestad de representación, guarda y administración de la persona y bienes del incapaz, mientras que con la curatela la potestad tuitiva es más limitada, únicamente se requiere para actos determinados por la ley, su actuación es, por así decirlo, de carácter asistencial.

2.2. La defensa judicial.

El defensor judicial se denomina así, no porque actúe sólo en la esfera judicial, sino porque es nombrado judicialmente. "Es la persona que por nombramiento del Juez tiene, en sustitución de los padres, del tutor o del curador, funciones de representación y amparo de un menor, de un incapacitado o de un declarado pródigo y bien con carácter más o menos general o bien con carácter especial o esporádico."⁵⁰

El defensor judicial, en la legislación española, es una figura creada para la protección de menores o incapacitados, la cual se considera sustitutiva de las instituciones de protección ordinarias como son: tutela, curatela, patria potestad. El defensor judicial viene a ser una especie de tutor para casos excepcionales, distinguiéndose de la misma por la limitación de su actuación ya que ésta es de carácter provisional o por la excepcionalidad

⁵⁰ Manuel Peña Bernaldo de Quiros, Op. cit., p. 608.

de su constitución. El defensor judicial puede ser general o especial, de acuerdo al ámbito de sus facultades, esto es, general cuando actúa sobre la persona y bienes del protegido, y especial cuando se requiere su intervención respecto de un asunto en concreto en que el protegido tiene un conflicto de intereses con los padres o con el tutor o curador.

Sus facultades pueden ser de carácter representativo, si asume la representación legal del protegido o bien de carácter asistencial si el acto que se ha de realizar, lo efectúa el protegido y el defensor únicamente se limita a completar con su asistencia la capacidad de aquél.

El nombramiento del defensor judicial se realizará en caso de que exista el conflicto de intereses antes mencionados.

En nuestra legislación, en el caso de la tutela, cuando se suscita un conflicto de intereses de los sujetos a tutela se nombrará por el juez un tutor interino, que realizará las funciones de un defensor judicial, es decir, que se encargará de defender, proteger los intereses del menor, hasta en tanto se resuelva el conflicto, al igual que en los casos en que exista un impedimento, separación o excusa para el desempeño del cargo; hasta que se califique la misma se nombrará tutor o curador interino, según sea el caso, así como en todos aquellos casos en los que aún cuando el legislador no le da el nombre de defensor judicial se otorgan funciones tutelares con carácter provisional para la defensa de los intereses del menor.

En los casos en que exista oposición de los intereses del menor con los del tutor, el curador estará obligado a intervenir en defensa de los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, con ello se entiende que para los casos de la tutela, el curador fungirá como defensor judicial del sujeto a

tutela. En el caso de los menores infractores se les nombrará un promotor, el cual tiene la encomienda de velar y defender en todo momento los intereses y bienestar del menor, al cual se le podría considerar un defensor judicial.

Indistintamente del nombre que se le otorgue a la figura, ésta siempre tendrá el objetivo de cuidar preferentemente los intereses de los menores o incapaces cuando exista contraposición de los mismos con los de quienes ejercen la guarda y el cuidado de los incapaces, protegiendo todas y cada una de las garantías que como seres humanos gozan.

2.3. La guarda de hecho.

Es aquella "guarda que se ejerce por determinación unilateral del guardador, sin nombramiento judicial ni delación legal."⁵¹

Encontrando como antecedente de dicha figura a la protutela romana que era una gestión de buena o mala fe de los bienes ajenos, pero por iniciativa privada.

El guardador de hecho, no puede tener respecto del protegido ni respecto de terceros ni más ni menos obligaciones que las de un tutor legal. La guarda de hecho es de carácter provisional ya que al momento en que el juez tiene conocimiento de la misma, procederá a constituir la tutela. Dicha figura surge por una cuestión de solidaridad humana respecto del menor o incapaz protegido, ya que algunas veces no existe obligación alguna para quien los acoge. La guarda de hecho se da comúnmente ya que en múltiples ocasiones los menores y presuntos incapaces al encontrarse huérfanos

⁵¹ Idem.

quedan bajo el amparo de extraños quienes se encargan de atenderlos hasta en tanto se determine su situación que en algunos casos jamás se encuentra algún familiar que se haga cargo de ello.

La legislación le reconoce al guardador de hecho cierta potestad sobre la persona y bienes del menor o incapacitado. Nuestro código civil en sus artículos 492 y 493 establece que: "La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones y restricciones establecidas para los demás tutores". " Los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban expósitos o abandonados, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos de la institución. En este caso no es necesario el discernimiento del cargo".

Esta guarda termina por las causas generales y en particular: por cesar el desamparo del menor o bien si se nombra tutor al menor conforme a derecho, lo que procede cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio de éste.

La guarda de hecho se podrá realizar ya sea a través de la persona o personas que reciban al menor o incapaz en acogimiento o por el director de la casa o establecimiento en que el menor sea internado. Entiéndase acogimiento como "el acto por el que una persona asume el ejercicio de la guarda que corresponde a la entidad pública, quedando integrado el menor en la vida familiar de aquella persona."⁵²

⁵² Ibid, p. 615

La guarda del menor en las casas de beneficencia u hospicios dan en algunas ocasiones lugar a la adopción y de esa manera se reintegra al menor en una familia que lo alimente, cuide, eduque y vele por sus intereses.

Dentro del derecho español son tutelas de hecho: la del tutor declarado incapaz por el Consejo de Familia y que sigue no obstante desempeñando el cargo hasta el nombramiento del sustituto; la del que sigue ejerciendo el cargo de tutor de quien ha llegado a la mayoría de edad, pero esta sujeto a interdicción; la del tutor nombrado por el Consejo de familia y que haya actuado antes de remover al anterior.

Como se observa se diferencia de la tutela en que ésta es por iniciativa privada, es decir, quien acoge al menor o incapaz lo hace por su propia voluntad, aún cuando posteriormente la ley los coloqué en la figura de la tutela otorgándole facultades y restricciones. Por lo mismo no se requiere en este caso que se haga el discernimiento del cargo y en lo sucesivo se rige por las normas que regulan a la tutela salvo aquellas que específicamente la excluyen, como es el caso del nombramiento del curador.

De guarda de hecho pasa a considerarse tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia, con el fin de encontrarse protegidos por la ley y que su situación sea legal.

De tal manera que todas y cada una de ellas se crearon para la protección del menor en situación de desamparo, protegiendo sus derechos y representándolos para la defensa de los mismos. Existiendo una sobrevigilancia hacia las diferentes instituciones civiles relativas a la protección del menor.

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.

El niño como ser humano se encuentra protegido y reconocido en los instrumentos internacionales a través de los derechos que se especifican como derechos de "toda persona humana", excepto en aquellos que están sujetos a algún requisito de edad o de estado. Por lo cual es importante conocer y entender cuáles son los derechos del hombre, considerando a los mismos aquéllos que le otorga la sociedad en que vive y las normas jurídicas que la rigen, dentro de las cuales se atiende a los considerados por los organismos internacionales de los que el país, en este caso, México, sea parte. La comisión de la UNESCO en 1947 los definió como: aquellas condiciones de vida sin las cuales, en cualquier fase dada de una sociedad, los hombres no pueden dar de sí lo mejor que hay en ellos o como miembros activos de la comunidad, porque se ven privados de los medios para realizarse plenamente como seres humanos.⁵³

Existen instrumentos internacionales en los cuales se demanda que los Estados le reconozcan a las personas ciertos derechos y libertades fundamentales, entre los que encontramos: La Declaración Universal de Derechos Humanos(1948), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); la IV Convención de Ginebra (1949), los dos protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra (1977), la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, y otros Convenios de la Organización Internacional del Trabajo referentes al trabajo de menores, entre otros.

⁵³ UNESCO, Los Derechos del Hombre, p. 237.

En dichos instrumentos se mencionan los derechos humanos de manera genérica, sin embargo, encontramos que dentro de algunos de sus artículos ya se hacía referencia a derechos específicos del menor, de los cuales cabe citar los siguientes:

1.- Declaración Universal de Derechos Humanos (10 Diciembre 1948), en la cual se establece en su artículo 25 párrafo 2, la protección y los cuidados especiales que requiere la infancia, sin distinción alguna entre niños nacidos de matrimonio o fuera de él.

2.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966, en vigor 3 enero 1978). En el Artículo 10 párrafo 30, alude a las medidas de protección y asistencia propias para todos los niños sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Al igual que sanciona y prohíbe la explotación laboral de los menores.

3.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, en vigor 23 marzo 1976). En su artículo 6 párrafo 5, prohíbe la pena de muerte a los menores infractores y hace referencia también a la readaptación social del menor. En su artículo 24, establece: " 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."

Dichos derechos sirvieron de base fundamental de los derechos del niño observándose así que ya se hace mención de diversos derechos tales

como el de igualdad, de identidad, asistencia social, protección en materia laboral, entre otros.

Al lado del marco jurídico general encontramos un marco jurídico específico, al cual me abocaré, constituido por: La Declaración de Ginebra de 1924 (generada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia), la Declaración de los derechos del Niño (1958), y por La Convención sobre los derechos del Niño (1989).

Cabe precisar, antes de referirme a los derechos de los niños, el concepto de niño. Dentro de los instrumentos internacionales antes mencionados se encuentre conceptualizado al niño, "como el ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes mayoría de edad".⁵⁴

Se observa que el criterio atiende a la regulación particular de cada Estado. No hay que olvidar que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita forzosamente de una protección y cuidados especiales, los cuales se le deben brindar no únicamente por los padres, sino por toda la sociedad debiendo ser éstos suficientes para satisfacer íntegramente los derechos de la niñez. De ahí la importancia de establecer normas para la protección de la infancia, crear un marco jurídico, elaborar programas para la defensa del niño, todo ello con el fin de garantizarles un porvenir más sano y seguro a nivel mundial.

⁵⁴ UNICEF, Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, Art. 1º.

3.1. La declaración de ginebra de 1924.

En los empeños de la comunidad internacional por extender, fortalecer, reconocer y proteger los derechos de los menores, se puede observar que éstos se encuentran por primera vez explícitos en los cinco principios básicos sobre la protección y el bienestar del niño de la Declaración de Ginebra de 1924, elaborada por la entonces llamada Unión Internacional para la Protección a la Infancia y retomada por la Sociedad de Naciones en ese mismo año.

Las Declaraciones son afirmaciones de principios generales aceptados por los gobiernos, pero que no encierran obligaciones específicas en cuanto tales; sin embargo, la Declaración de Ginebra sirvió de base fundamental para la creación de posteriores convenciones, las cuales cuentan con la fuerza coercitiva y requieren de una toma de decisión de cada Estado previa a su aceptación y ratificación.

La inquietud de la creación de un instrumento internacional que estableciera las obligaciones de los Estados respecto al niño siguió latente, sin embargo, la Declaración de Ginebra adoptada cumplió con su objetivo primordial enfatizar que " la humanidad debe dar al niño lo mejor que tiene".

Los principios que contempla son los siguientes:

Principio 1. "El niño ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de manera familiar, material y espiritualmente."

Se presume que dichas condiciones las adquirirá primordialmente en un ambiente familiar, en donde el niño pueda desarrollarse íntegramente ya que

cuenta con el derecho a la vida, garantizándole en la máxima medida la supervivencia y el desarrollo, sin embargo, existen diversos factores que posteriormente se tomaron en consideración como son las condiciones de hambre, pobreza e insalubridad en que viven algunas familias, por lo que se necesitó la intervención necesaria del Estado, lo cual quedó acentuado en instrumentos posteriores.

Principio 2. "El niño hambriento ha de ser alimentado; el niño enfermo ha de ser cuidado; el niño atrasado ha de ser estimulado; el niño desviado ha de ser conducido; el huérfano y el abandonado han de ser recogidos y auxiliados".

Se atendieron a diversas condiciones y deficiencias que puede presentar un menor, refiriéndose a todas y cada una de ellas, encontrando que se hacía alusión específica a derechos naturales del niño, como son el derecho a ser alimentado y a la salud; al igual que se contempla a los menores que por alguna razón carecieran de una familia, ya que ellos requieren de una protección especial que algunas veces debe ser brindada por el Estado a través de organismos especializados.

Principio 3. "El niño ha de ser el primero en recibir auxilios en tiempo de calamidades."

Al tener en cuenta que todos los países se ven en algunas ocasiones afectados por fenómenos naturales o bien hechos que no están al alcance de ellos poderlos evitar, se consideró que la atención que se debe prestar en estos casos a los menores es primordial ya que en ellos está el futuro de todas y cada una de las naciones y por ende el desarrollo de un país depende en gran parte de la niñez, que serán los adultos del mañana y si se

evita que éstos sufran y logran que se desarrollen sanamente, el país estará avanzando. Sin olvidar claro está que el niño por sus condiciones físicas y mentales no está apto aún para soportar estos sucesos ni mucho menos para valerse por sí mismo, de ahí que se prestará mayor importancia a la atención de los mismos.

Dicho principio fue retomado en instrumentos posteriores protegiéndose al menor a través de un derecho específico conocido como derecho humanitario.

Principio 4. "El niño ha de ser puesto en situación de ganarse la vida y ha de ser protegido contra cualquier explotación."

Dicho principio fue rescatado en instrumentos internacionales emanados de la Organización Internacional del Trabajo, en donde se obliga a los países a proteger a los menores de la explotación, así como otorgarles ciertos derechos a los menores.

En nuestra legislación mexicana, la Constitución (artículo 123, A, fracción III) y la Ley Federal del Trabajo (artículo 22), prohíben el trabajo de los menores de 14 y menores de 16 bajo ciertas condiciones y establece la prestación libre de servicios a partir de los 16 años, dicha regulación se debe a que México es un país pobre y la mayoría de las veces el trabajo que realiza el menor no lo hace por gusto o por la formación disciplinaria sino que los hacen con fines de subsistencia; en algunos casos llegan a ser el sostén principal de su familia.

Siendo un problema no únicamente de carácter jurídico sino social y económico, que ha rebasado a nuestra legislación, debido a la existencia de

niños menores de 14 años, que sin tener qué comer, qué vestir y donde vivir, tienen que buscar el sustento de alguna manera por lo que se ven en la necesidad de buscar dicho sustento en las calles, trabajando en forma autónoma, ya sea en las esquinas o bien haciendo o vendiendo cualquier cosa, viviendo siempre el más absoluto desamparo, ya que su trabajo no lo comprende ni la Constitución, ni la Ley Federal del Trabajo, ni la Ley del Seguro Social.

Es válido que se haya pretendido regular nacional e internacionalmente la protección al menor, respecto del trabajo, pero no podemos exentar que la necesidad de sobrevivir del menor valiéndose de cualquier medio tiene más fuerza que la legislación, siendo consecuencia de la situación económica de un país en donde las condiciones de trabajo no corresponden a la realidad que se vive; por tanto el problema del menor no se resolverá únicamente regulándolo en las legislaciones, sino elaborando éstas con la convicción de que se satisfagan todas las necesidades tanto de los menores como de la sociedad entera y primordialmente respetándolas, ya que si los padres o quienes estuvieran a cargo de los menores contaran con buenos ingresos, los niños no se verían en la imperiosa necesidad de trabajar, pudiendo de tal manera realizar las actividades propias de un menor que serían el estudio, el deporte, la recreación, etcétera, mismas que lo harán un adulto sano y útil para fortalecer a su Patria en un mañana, gozando de todos los derechos humanos que le conciernen.

Principio 5. "El Niño ha de ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deberá ponerlas a disposición de sus hermanos."

La educación que se imparte fuera de la familia es importante ya que es ahí en donde encontrará y aprenderá los principios básicos para enfrentar en

el futuro el ámbito laboral, la profesión que siga; no obstante existe la educación que se obtiene dentro del seno familiar o bien dentro del medio ambiente en que se rodea, la cual significa la base más importante del desarrollo de un menor porque en ella encontramos los principios morales y espirituales que rigen en la personalidad y conducta del niño en todas y cada una de las etapas de su desarrollo; siendo por años transmitidos dichos principios por tradición de generación en generación remontándolos a épocas muy antiguas, a lo cual se atendió para especificar el quinto y último principio de la Declaración de Ginebra (1824), mismo documento que como veremos posteriormente fundamentó algunos de los artículos de instrumentos internacionales que han tenido gran trascendencia en el ámbito de los derechos humanos.

3.2. La declaración de los derechos del niño.

Cuando se habla de los derechos sobre la persona del niño, no únicamente se debe hacer mención de su importancia y existencia en un contexto nacional sino que se debe atender a su carácter universal, debido a que en todo el planeta se escucha hablar de los problemas que afectan primordialmente a los niños, y en algunos casos se hace una omisión de los mismos.

De tal manera que es en la legislación en donde se debe encontrar, si no las soluciones, cuando menos las formas para solucionados y, de ser posible, evitarlos. Por ello es imprescindible que dentro de la misma se conceptualicen los derechos fundamentales de la niñez. Tanto aquellos inherentes a un ser humano como aquellos que les son específicos a tantos niños.

Estos derechos debido a su importancia han sido reconocidos a través del tiempo creando la conciencia de que la niñez tiene una gran importancia en el porvenir de cada hombre y cada mujer, tomando gran fuerza en nuestro siglo; de ahí que surgiera la realización de la Declaración de los Derechos del Niño" aprobada y proclamada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959, en la cual se consignan los derechos y libertades de que, según lo ha determinado la comunidad internacional, todo niño sin excepción debe disfrutar.

Se convino en que las necesidades esenciales de la infancia justificaban una Declaración separada. En el preámbulo de la Declaración se estipula que el niño, debido a su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, antes y después de nacer. También se afirma lo que la Declaración de Ginebra (1924) ostentaba que la humanidad debe a la infancia lo mejor que puede darle.

Así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño establece una serie de normas que todos deben tratar de cumplir. En ella se insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales, a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia.

En 1946 las Naciones Unidas habían expresado interés en una Declaración de este tipo, inspirada en la Declaración de Ginebra (1924), formulándose en ese mismo año una recomendación al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Dos de las comisiones funcionales del Consejo, la Comisión de Asuntos Sociales y la Comisión de Asuntos

Humanitarios y Culturales de la Asamblea General de las Naciones Unidas le dio forma definitiva.

El texto de la Declaración de los Derechos del niño, se encuentra establecido en diez principios cuidadosamente redactados, la Declaración afirma los derechos del niño a gozar de protección especial, de oportunidades y facilidades que le permitan desarrollarse de manera normal y saludable dentro de las condiciones de libertad y dignidad, a tener desde su nacimiento un nombre y una nacionalidad, a disfrutar de los beneficios de la seguridad social, incluyendo alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados, a recibir tratamiento, educación y cuidados especiales si es física o mentalmente impedido, a crecer siempre que sea posible al amparo y responsabilidad de sus padres, dentro de un ambiente de amor y comprensión; a recibir una educación, a figurar entre los primeros que reciben protección y socorro en casos de emergencia o desastre, a ser protegido contra todas las formas del descuido, la crueldad y la explotación, así como contra cualquier manifestación de la discriminación. Haciendo énfasis y señalando que el niño debe crecer y ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

De conformidad con lo expresado en los principios de la Declaración de los Derechos del niño que a continuación especifico, éste deberá:

Principio 1. "Disfrutar de todos los derechos enunciados en la Declaración, los cuales serán reconocidos a los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma,

religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

En este principio se establece el derecho de igualdad; sin embargo, cuántas veces no se ha violado dicho derecho, encontrándonos casos que pueden ejemplificarlo fácilmente aún en estos días tal como la resolución 187 proclamada por Pete Wilson gobernador del Estado de California, en la cual se manifiesta una clara discriminación que atenta contra los hijos de los indocumentados, sea cual fuere su nacionalidad en materia de salud y educación por parte de los Estados Unidos que afecta a un gran porcentaje de población infantil y que independientemente de ser aceptada o no ya ha producido consecuencias desastrosas que han terminado incluso con la vida de menores. Siendo éste uno de los miles de ejemplos que pudieran mencionarse.

Principio 2. Este principio señala: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño."

El contenido de dicho principio atiende a determinar las medidas de protección que su condición requiere, consagrado en los instrumentos de derechos humanos antes mencionados, así como la primacía del interés del niño, de tal manera que ante un conflicto de derechos o intereses siempre deben prevalecer los del niño.

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

El derecho del menor a tener una identidad es importante, siendo un ser humano con derechos y obligaciones mismas que podrá ejercer por sí mismo o por sus padres o tutor según la naturaleza de las mismas. El incluir dicho principio se consideró con el fin de evitar desapariciones de menores, los cuales en algunas ocasiones se utilizan para llevar a cabo actos ilícitos tales como el tráfico de órganos, tráfico de menores, explotación, prostitución, entre otros. Tratando con ello de prevenir la realización de los mismos y por ende dando protección al menor.

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

En México, los padres son los responsables de la supervivencia de los hijos, la ley llama "alimentos" a la asistencia que debe prestarse a los menores de manera voluntaria y espontánea y sólo en casos excepcionales, esta obligación moral y jurídica requiere de la intervención judicial para su cumplimiento.

Los alimentos comprenden la alimentación, educación, habitación, vestido, asistencia en caso de enfermedad y los gastos para proporcionar al menor un oficio, arte o profesión honestos, adecuados a su sexo y circunstancias personales. Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

Los padres están siempre obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres la obligación recae en los ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado en línea recta y a falta de los antes mencionados los parientes colaterales dentro del cuarto grado. La obligación de dar alimentos a los menores subsiste hasta que éstos lleguen a la edad de dieciocho años, dicho deber incluye a tutores o adoptantes.

En el principio 4 aún no se atendía a diversas cuestiones que se presentarían tales como la separación de los padres o los menores abandonados, surgiendo diversas problemáticas alimentarias que fueron objeto de posteriores Convenciones Internacionales que se celebraron, entre las que citaré las más importantes:

A.- Convenciones de la Haya.

1.- Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentaria para menores (1956).

2.- Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Relacionadas con Obligaciones Alimentarias para Menores.(1958).

B.- Conferencia Internacional.

1.- Conferencia Internacional Americana celebrada en la Habana en 1928, donde se suscribió el Código de Bustamante, que lleva el nombre de su autor, el jurista Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén.

Principio 5. En dicho Principio se establece que: "El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el

tratamiento, la educación y el cuadro de especialidades que requiere su caso particular”.

Se le otorgó la atención específica a los menores que por algunas circunstancias o condiciones físicas o mentales se encuentran en situación de desventaja frente a los demás, en este rubro las organizaciones particulares han puesto mayor énfasis creando asociaciones de ayuda para niños con impedimentos físicos o mentales, tratando con ello que el niño se adapte al medio que lo rodea y pueda en algunos casos obtener un oficio o bien llevar una vida normal.

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

El niño, se considera que encuentra en el cariño d sus padres una garantía y un afecto; sin embargo, muerto uno de ellos o ambos o bien en el caso de separación, independientemente de la causa, se substituye esa situación de confianza y tranquilidad por situaciones de terrible desamparo y es en ese momento en donde se requiere de la intervención forzosa de la sociedad y de las autoridades públicas.

La legislación mexicana en ese aspecto ha tenido un gran avance ya que prevé dicha situación a través de la institución del derecho civil establecida en su Código Civil, Título Octavo, De la Patria Potestad, artículo 418, que regula lo siguiente:

A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, el abuelo y la abuela paternos, el abuelo y la abuela maternos en el orden que determine el juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso. "Con el fin de que no exista el abandono de los menores otorgándoles una protección especial y con ello lograr que en determinada manera se les brinde un ambiente familiar y sano en donde ellos puedan encontrar todo el apoyo afectivo, económico y educacional primordialmente".

Sin embargo, nuestra legislación va más allá debido a que cuenta con otra institución que abarca a los menores que no estén sujetos a Patria Potestad, llamada Tutela, reglamentada desde el Código de 1870 y con algunas variantes transcriben en el Código vigente. El objeto de la Tutela continúa constante desde 1870, cuyo artículo 430 decía: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural o legal, o sólo la segunda, para gobernarse así mismos." En el código vigente es reproducido, en el artículo 449 del Título Noveno, el objeto salvo la siguiente adhesión "La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley".

En la Tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores. Por lo anterior se observa que se pretende brindar al niño la

mayor protección cuando queda desamparado, el cuestionamiento surge en el momento de ver si efectivamente se le satisface al menor todos sus intereses, quedando en la sociedad la responsabilidad de brindárselos, porque la participación del Estado con su legislación se hace insuficiente para ello y no puede recaer el compromiso únicamente en él.

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

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

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

El derecho del menor a la educación trae consigo intrínsecamente una doble obligación para el Estado, el otorgarla gratuita y de manera obligatoria; existiendo en diversos países programas de aprendizaje, que lo ideal sería que fuesen adoptados por la mayoría de los países.

Los programas de aprendizaje o de asistencia escolar obligatoria existen en Estados Unidos y los países Escandinavos (Dinamarca, Finlandia,

Islandia, Noruega y Suecia), países que los adoptaron para lograr con ello restringir el acceso al menor a un empleo de tiempo completo.

En Estados Unidos un menor no tiene otra elección que la de asistir a la escuela secundaria ya que si los menores abandonan la escuela, sólo se hallan calificados para conseguir trabajos insignificantes, por lo común exentos de la protección del salario mínimo y de las disposiciones sobre el máximo de horas.

Sin embargo, el objetivo de igual acceso a la educación ha sido discutido al considerar el financiamiento de las escuelas en Estados Unidos debido a que los impuestos locales a la propiedad en E.U.A. son los que proporcionan gran parte de los recursos para el mantenimiento y creación de las escuelas, por lo que a los niños provenientes de comunidades pobres con bajos impuestos a la propiedad, el sistema los priva del acceso a iguales oportunidades educacionales. Surgiendo de ahí el problema de los niños que andan vagando por las calles sin tener un oficio ni una educación, trayendo como consecuencia la delincuencia. Este problema se presenta en países en donde su economía se encuentra aparentemente estable; qué sucederá en países, como el nuestro, en donde no existen los suficientes recursos para crear más escuelas, aún con la realización de programas como Pronasol (Escuela Digna) que son insuficientes para la población, entonces qué sucede con todos esos menores rezagados recibiendo su educación básica en la calle, lo que se crea entonces son delincuentes.

Sin olvidar la existencia de niños del medio rural y de los sectores urbanos marginados que se ven obligados a incorporarse prematuramente al trabajo productivo; por ello no parece que se puedan resolver los problemas de los niños sin cambiar las condiciones socioeconómicas y las demás

cuestiones que generan la pobreza. Lo anterior es en cuanto la obligación del Estado, pero hay que considerar que existen otros obligados, los adultos, de quienes depende la educación del menor; en ellos está la obligación de fomentarle el estudio, el deseo de superación, la idea de preparación constante, de obligarlos y exigir que reciban una educación como base de su desarrollo, ya que de ello dependerá en gran parte el futuro de su vida, porque las deficiencias psicosociales que afecten a los niños reducirán sus posibilidades de participar después en la sociedad en forma equitativa. Los países escandinavos ofrecen programas de aprendizaje como alternativa a la enseñanza secundaria, este tipo de aprendizaje puede iniciarse a la edad de 14 años, luego de nueve años de educación obligatoria. El programa de aprendizaje es administrado y sufragado por empleadores privados dando su aprobación el Ministerio de educación, dichos programas tienden a canalizar a los menores hacia los programas de aprendizaje, en los cuales se les enseñan tareas con las que pueden a esa edad emplearse en un trabajo remunerado.

Al igual que intentan brindar a todos los niños igual acceso al sistema educacional, garantizando que el futuro del niño no será modelado indebidamente por los deseos de sus padres logrando que el niño sea tratado con equidad.

El sistema educacional escandinavo es considerado un sistema destinado a borrar las diferencias sociales y a fomentar la igualdad.

La ayuda financiera se halla disponible para todos aquellos que deseen asistir a la escuela. El programa de aprendizaje se asemeja al que México instituyó como las Escuelas Técnicas, en donde se preparan en poco tiempo a jóvenes con una carrera técnica, pudiendo al finalizar incorporarse a alguna área laboral.

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

Dicho principio fue transcrito de la Declaración de Ginebra de 1924.

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

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral". La costumbre del trabajo de los menores persistió en los países industrializados de Escandinavia y Estados Unidos hasta el siglo XX.

La mayor parte de los estudios sobre la evolución de los derechos del menor se concentran en el objetivo de abolir el trabajo de los menores; presentándose así la gran tarea realizada por la Organización Internacional del Trabajo, un organismo especializado de las Naciones Unidas el cual ha celebrado convenios sobre menores referentes a la edad mínima de admisión al trabajo, exámenes médicos a menores para su admisión y permanencia en el trabajo, trabajo nocturno de menores y desarrollo físico de menores; siendo ratificados por México.

Sin embargo, la Organización Internacional del Trabajo, informó que existía en 1972 43 millones de niños empleados, y un 90 por ciento de los mismos correspondía a países aún en vías de desarrollo.

Estados Unidos y los países escandinavos han reducido el trabajo de los menores propios de los talleres de explotación laboral de comienzos de

este siglo creando medidas protectoras que regulan el trabajo de los menores así como los salarios mínimos y el máximo de horas de trabajo.

Según el derecho consuetudinario, los menores no tenían derecho a conservar el dinero proveniente de sus trabajos, sin embargo, la negación a dicho derecho desestimaba al menor del status como persona, Por su parte los países escandinavos cuentan con similares medidas protectoras pero ambos países consideran que las medidas algunas veces son inapropiadas ya que no logran otorgarle al niño un bienestar en la sociedad, debido a que ambos se ven atacados por el incremento demográfico. Además, los problemas relacionados con la niñez han sido asociados a otros problemas, tales como la discriminación racial y la vagancia, situación que hasta nuestros días siguen arrastrando, derivándose de la misma la delincuencia juvenil que cada día se acrecienta.

En la legislación mexicana se regula también el trabajo de los menores en la Ley Federal del Trabajo la que en su art. 23 establece:

"Los mayores de dieciséis años pueden prestar libremente sus servicios con las limitaciones establecidas en esta Ley. Los mayores de catorce y menores de dieciséis, necesitan autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, del sindicato al que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector del Trabajo o de la Autoridad Política".

Sin embargo, la realidad en nuestro país es otra, es de nuestro conocimiento que los trabajos de los niños son por excelencia el estudio, el deporte y la recreación, tendientes al desarrollo de sus facultades físicas y mentales; pero en nuestro país carente de empleo, con alcoholismo, drogadicción, abandono, analfabetismo y una situación económica que cada

día se vuelve insuperable existen millones de seres, niños y jóvenes trabajadores que sufren de injusticias, la mayoría de ellos sobreviven con graves carencias alimenticias otros están a la deriva social: callejeros, explotados en la sexualidad, en albergues, drogadictos, etcétera; originado en gran parte por las condiciones laborales que se dan en la realidad que no corresponden a las establecidas en nuestra legislación, el salario mínimo que debe satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos (Art.90 LFT), es letra muerta, en un gran periodo los ingresos reales de la población no han incrementado, al contrario, se redujeron en comparación con el alza de los precios; de ahí la necesidad de salir a temprana edad a laborar dejando la escuela o jamás asistiendo a ella. De tal manera que los problemas e encuentran encadenados y no basta con seguir creando leyes si éstas se violan constantemente por el mismo gobierno.

Principio 10. "El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole.

Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes."

La Declaración insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales para que reconozcan los derechos en ella enunciados y luchen por su observancia. Recomienda que se le de publicidad y pide al Secretario General le otorgue difusión a través de la publicación y distribución del texto en todos los idiomas posibles. Observamos que cuenta con grandes expectativas, sin embargo, la realidad en la que se vive es otra y es a la que se debe de atender.

3.3. La convención sobre los derechos del niño.

Años atrás las tentativas de codificar los derechos del niño de una forma global sólo había dado lugar a declaraciones, no existía ningún instrumento internacional que estableciera las obligaciones de los Estados respecto al niño.

Paralelo al desarrollo progresivo de principios reconocidos universalmente respecto a la infancia, se presentó la inquietud de dar respuesta a sus necesidades así como a situaciones específicas conformándose de tal manera un cuerpo de normas internacionales de derecho humanitario y de derechos humanos, que poco a poco se han ido complementando. Dicho cuerpo abarca un conjunto de instrumentos, algunos de ellos tienen fuerza coercitiva para los gobiernos que los ratifican, como las Convenciones de la OIT, los Pactos Internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Sociales y Culturales.

Otros no tienen fuerza coercitiva como, por ejemplo, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, los Principios de Ética Médica y, por supuesto, la Declaración de los Derechos del Niño. De tal manera es posible identificar diversos instrumentos internacionales que han sido redactados aisladamente a lo largo de un periodo de más de 80 años y sin una visión global o específica del conjunto de las necesidades de la infancia, los derechos que estos instrumentos otorgan contienen algunas veces ciertas incongruencias, es decir, existen disposiciones que son aplicables a la infancia pero que no se refieren específicamente a ella, es decir, no toman en cuenta las necesidades que le son propias las cuales a menudo requieren unas normas más elaboradas y específicas que para los adultos. Estos instrumentos como hemos visto representan una mezcla de disposiciones

coercitivas y no coercitivas, lo que significa que los derechos que garantizan no encierran obligación alguna para los Estados.

De la misma manera que la protección de los derechos humanos requirió un conjunto coherente y completo de leyes internacionales, la defensa de los derechos del niño debe al igual fundarse sobre un cuerpo de derechos coherentes y aceptables.

En 1979 en vísperas del Año Internacional del Niño, las autoridades polacas lanzaron la propuesta de una Convención sobre los Derechos del Niño, originando un impulso y brindando la oportunidad de definir con mayor claridad las normas relativas a los derechos humanos de los niños, tratando con ello de satisfacer los vacíos de las disposiciones existentes y de inscribirlos en un único instrumento internacional con fuerza coercitiva.

Frente a esta inquietud existieron algunos países que consideraron innecesaria una Convención, ya que existía una Declaración sobre los derechos del Niño que aún cuando carece de fuerza coercitiva había sido aceptada por todos los Estados y era aplicable en todos ellos mientras que una Convención podría ser invocada por los países que la ratificaran, olvidando éstos que la Convención no vendría a sustituir a la Declaración sino que serviría de complemento; por otro lado, había países que consideraban que era posible y necesario responder a las necesidades de los niños en el marco de textos globales.

Los niños tienen derechos humanos específicos y no derechos especiales en oposición a los derechos de los demás seres humanos.

El menor es titular de la mayoría de los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales de carácter general, sin embargo, no

todos los derechos tienen un contenido idéntico tratándose de menores ya que pueden estar sujetos a condiciones o limitaciones, como la libertad de tránsito de un menor, de ahí la necesidad de considerados de manera específica.

Finalmente siguiendo todo el proceso protocolario para la realización, en Noviembre de 1989 se obtuvo la aprobación unánime del texto definitivo por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quedando la Convención de los Derechos de la Niñez como "El estatuto legal que obliga a los Estados que la firmen y ratifiquen el cumplimiento de los derechos contenidos en ella."

México que ha mostrado una preocupación especial por su niñez ratificó la Convención en Septiembre de 1990, es decir, con ello el Estado se compromete a adoptar el máximo de medidas orientadas a incorporar el contenido de la Convención en sus legislaciones.

La Convención sobre los Derechos del Niño es especial porque por primera vez en el derecho internacional los derechos del niño son incorporados en un tratado que tendrá fuerza coercitiva para los países que la ratifiquen, con ello, el niño disfruta de sus propios derechos y está llamado a ejercerlos activamente de acuerdo a su desarrollo y capacidades. Contiene disposiciones generales que tienen como objetivo garantizar los derechos de todos los niños en asuntos de importancia para sus necesidades e intereses fundamentales, ofrece protección a los niños que se encuentran en condiciones excepcionales y sobre todo se basa en el principio de la no discriminación, es decir, que se aplicará a todos los niños 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 (artículo 2).

Esta convención consta de tres secciones:

1.- Preámbulo.- Son los principios básicos.

2.- Artículos.- Enumeran las obligaciones de los Estados que la ratifiquen. (arts. 1 a 41).

3.- Disposiciones previstas para la aplicación.- Cumplimiento, entrada en vigor. (arts. 42 a 54).

Dentro de las disposiciones existen aquellas que constituyen una elevación de las normas internacionales aplicables a los niños hasta la fecha, es decir, son mejoras o adiciones a las normas ya existentes, así como las que se consideran innovaciones. Los derechos reconocidos por la Convención pueden clasificarse en tres grupos:

1.- De provisión.- El derecho de poseer, recibir o tener acceso a ciertos bienes o servicios, por ejemplo, atención sanitaria, educación, descanso y esparcimiento, atención al niño impedido y al niño privado de su ambiente familiar.

2.- De protección.- El derecho a ser protegido contra cualquier perjuicio: la separación de los padres, la explotación económica o sexual, los malos tratos físicos y mentales, el alistamiento en las fuerzas armadas.

3.- De participación.- El derecho a ser escuchado cuando se tomen decisiones que afecten su vida y a medida que se desarrollan sus capacidades, el de tomar parte en las actividades de la sociedad, preparándose a ser un adulto responsable.

La Convención tiene como propósito desarrollar y complementar la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, además de contar con un instrumento vinculativo para las partes.

La Convención será aplicable a todos los niños sujetos a la jurisdicción de los Estados partes, entendiéndose a los niños como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Se les insta a los Estados partes a respetar y asegurar la aplicación de los derechos emanados de la Convención bajo el principio de la no discriminación. (art.1 y 2).

Los derechos que se le otorgan al niño regulados en dicha Convención son los siguientes:

El interés superior del niño. Siendo fundamental en el sentido de que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial en todas las medidas que le conciernen, quedando como un principio directivo para todas aquellas situaciones del niño en las cuales existan terceras personas cuyos intereses pueden presentarse (arts. 1 y 2)..

Protección y Cuidados. Los cuales deberán de ser necesarios para lograr el bienestar del menor, otorgados por sus padres, tutores u otras

personas responsables de él ante la ley, así como instituciones, servicios y establecimiento destinados para el desempeño de dicha labor. Todo ello vigilado por el Estado quien deberá tomar todas las medidas legislativas y administrativas para el cumplimiento de dicho precepto. (arts. 3 y 4).

Dirección de los padres. Se respetará por el Estado la responsabilidad, derechos y deberes que tengan los padres, familiares, tutores u otras personas encargadas legalmente del menor siempre y cuando éstas sean encaminadas a una dirección y orientación apropiadas y respetando los derechos del menor (art.5).

Derecho a la vida. El Estado tiene la obligación de hacer todo lo posible para garantizar la supervivencia y desarrollo del niño, siendo un concepto que no se le había reconocido al menor en ninguna normativa internacional de derechos humanos. Considerando que son necesarias dichas medidas especiales para prevenir que se sigan cometiendo injusticias con los menores provocando mortalidad infantil, así como impedimentos causados por enfermedad y desnutrición. Reconociéndole al niño un derecho intrínseco a la vida. Sin embargo, este derecho a la vida ha sido muy cuestionado ya que la Convención lo considera una vez que nace el niño, dejándole una falta de protección antes de su nacimiento. El argumento que presenta la Convención es la cuestión polémica que se presenta con el aborto en diversos países, existiendo quienes lo consideran delito y quienes no, queriendo evitar con ello una falta de aprobación o ratificación del instrumento. A pesar de ello lo encontramos establecido en la Declaración de los Derechos del Niño 1959 la cual establece: el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", y en la Convención

Americana de San José de 1969 en su artículo 4 establece: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".(art. 8).

Derecho a un nombre y una nacionalidad. El niño tiene derecho a un nombre y una nacionalidad, y el estado tiene la obligación de proteger y preservar su identidad. La inclusión de dicho derecho se consideró debido a un gran número de sugerencias de Estados que se ven terriblemente afectados por las desapariciones de niños, cuyos papeles de identidad son falsificados y cuyos lazos familiares son rotos arbitrariamente. Pretendiendo con ello prevenir que se continúe realizando dichos actos ilícitos en contra de los menores. (art. 7 y 8).

No separación de los padres. El menor tendrá el derecho de no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto, cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades determinen, en conformidad con la ley, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, como por ejemplo en el caso que el menor sea objeto de maltrato, explotación o descuido de sus padres. Con ello se pretende otorgar al menor el derecho de vivir en familia, considerando que con ello puede lograr un cabal desarrollo físico y mental. Buscando esta unidad familiar la Convención prevé la situación de los menores cuyos padres residan en países distintos, estableciendo la obligación para los Estados de atender a las peticiones de un niño o de sus padres para permitir la entrada a un Estado parte, o la salida de él.

Los niños que se encuentren temporalmente separados de sus padres tendrán derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres siempre que se considere prudente. (arts. 9 y 10).

Medidas contra el traslado y retención lícita de niños. Los Estados se encargaran de luchar contra ambas conductas ilícitas, promoviendo la concertación de acuerdos bilaterales o adhesión a los ya existentes. (art 11).

Derecho a expresar sus opiniones. El derecho no solo se considera en el expresar una opinión, sino de que ésta sea tomada en cuenta en los asuntos que le conciernen, siendo de tal manera un reconocimiento a la necesidad de dar la palabra al niño. Otorgándole así también su garantía de audiencia. (art. 12).

Libertad de expresión e información. El niño puede expresarse libremente de manera oral o escrita, únicamente se verá restringido cuando la ley así lo prevea y cuando afecten los derechos o la reputación de los demás o la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral publica (art. 13). El derecho a la libertad de expresión oral o escrita lo encontramos en nuestra carta magna en los arts. 8 y 7.

Libertad de pensamiento y de religión. Dicho derecho se respetará siempre y cuando proteja la seguridad, el orden, la moral, la salud pública, derechos y libertades fundamentales. Quedando al arbitrio de los padres o representantes legales del menor la dirección de los niños. (art 14). En nuestra legislación lo encontramos establecido en el art. 24 Constitucional.

Libertad de asociación. Los estados partes reconocen al niño la libertad de celebrar reuniones pacíficas y de asociarse, lo cual podrá ser restringido conforme a la ley y cuando sea necesaria en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud, la moral pública, los derechos y libertades de los demás. (art. 16). Se encuentra regulado en nuestra Constitución en el Art 9.

Derecho a una vida privada y reputación. El niño contará con la protección de la ley en caso de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia, así como de ataques ilegales a su honra y reputación (art 16).

Medios de Comunicación Social. Debido a la notoria influencia que los medios de comunicación ejercen sobre los individuos se consideró la necesidad de prever que éstos envíen información que tenga por finalidad promover el bienestar social, espiritual y moral así como la salud física y mental, intentando con ello proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar. (art 17). Sin embargo, dicho derecho no se ha considerado con la importancia que merece, encontrándonos cada día con cantidad de programas extranjeros principalmente en donde únicamente se trata la violencia, siendo dirigidos especialmente a los niños; si este derecho se tomara en cuenta para beneficio de las niñas y los niños, a través de los medios de comunicación se podrían combatir problemas radicales como el analfabetismo y promover elevar el nivel cultural de la sociedad.

Crianza y Cuidado. Los padres o, en su caso, los representantes legales del niño tienen la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, por lo que los Estados partes se encargaran de presentar la asistencia necesaria a los padres a través de instituciones, instalaciones y servicios con el fin de que éstos desempeñen satisfactoriamente el cuidado de los niños. (art 18).

Protección contra los abusos. Se ha querido hacer énfasis en la prevención de los abusos físicos o mentales, y del descuido o trato negligente en el seno de la propia familia, aspecto que no había sido contemplado en ningún instrumento vinculante; sin embargo, debido a la presencia de tantos

actos cometidos contra el menor que generalmente se presentan en la misma familia, se vio la necesidad de regulado de manera específica, ya que dichos actos entorpecen la educación, la salud, el desarrollo físico, mental, espiritual y moral del menor.

Con ello los Estados partes deberán tomar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño.(art.19). Es triste observar las cifras de los niños maltratados por sus padres o bien que algunas veces llegan incluso hasta matarlos y dichos actos delictivos se dan en todas las sociedades sin importar clases, por ello es indispensable que los gobiernos amparen a los menores que se encuentran en situaciones denigrantes que lo afecten en su integridad como ser humano.

Protección especial. Una de las cuestiones más relevantes son los derechos de los niños que temporal o permanentemente se encuentren privados de su medio familiar, contando con el derecho a la protección y asistencia especial del Estado.

Se tomarán las medidas necesarias para garantizar el cuidado del menor, entre las que se considerará la colocación en hogares de guarda, la adopción, instituciones adecuadas para la protección de menores. Con el fin de que prevalezca la continuidad en la educación del niño, su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. (art.20).

Adopción. Dicho derecho tiene una especial importancia porque enfatiza la necesidad de establecer los procedimientos de adopción -en especial en el caso de la adopción por personas de otro país- logrando establecer principios en un instrumento vinculante. Considera a la adopción como un medio para garantizar la protección del cuidado del niño, debiendo

ser autorizada por las autoridades competentes, con arreglo a los procedimientos establecidos en la ley y bajo el consentimiento de las personas interesadas.(art. 21).

Niño refugiado. El menor que sea considerado refugiado o bien que trate de obtener el estatuto de refugiado, independientemente de encontrarse sólo o acompañado, deberá de obtener la protección y asistencia humanitaria; se tratará de localizar a sus padres o cualquier otro miembro de la familia y en caso de no poder localizados, se le concederá la protección considerándolo como un menor privado temporal o permanentemente de su medio familiar. Todo ello con el fin de que el menor pueda disfrutar de los derechos enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos o de carácter humanitario.

La protección de los menores en derecho internacional humanitario se introdujo tras la Segunda Guerra Mundial, el cual prevé una protección general para niños, como personas que no participan en conflictos armados. Además de esta protección general, también presenta una protección especial para los niños que participan en hostilidades.

De tal manera que el niño queda protegido aún en tiempos de guerra, debido a que son víctimas de la misma, constando en ella millones de muertes y lesiones físicas y mentales ocasionadas la mayor de las veces sin culpa alguna; protegiendo al menor que no ha cumplido los 15 años de edad para que no participe en las hostilidades, ni que sean sujetos de reclutamiento en las fuerzas armadas, ya que el menor por su falta de madurez física y mental requiere de mayor protección ante la presencia de dichos actos. (art. 22 y 37).

Salud. El menor tiene derecho al disfrute del mas alto nivel posible de salud, atendiendo a las necesidades de los países en desarrollo.

Los Estados tomarán medidas apropiadas para la plena realización del derecho, como la educación en lo que se refiere a la nutrición del menor; y por primera vez un instrumento internacional vinculante menciona la obligación del Estado de tomar las medidas apropiadas para logra la abolición de prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

En la legislación mexicana se encuentra establecido en el Art. 4 Constitucional párrafo 4 como garantía social para todos los mexicanos el derecho a la protección de la salud, considerando que la salud es un bien social que debe considerarse no sólo desde el punto de vista biológico, sino en forma integral, tomando en cuenta los factores socioeconómicos y culturales que inciden en ella. Para dar cumplimiento a este derecho, en 1984, se expidió la Ley General de Salud, en la que se establecen como finalidades del derecho a la protección de la salud; el bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; la prolongación y mejoramiento de la calidad de vida humana, y el disfrute de los servicios y de asistencia que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.

El menor tendrá derecho a la seguridad social y prestaciones las cuales se concederán de acuerdo a los recursos y la situación del menor. En caso de que éste haya sido internado por las autoridades competentes para recibir atención, tratamiento o protección de su salud física o mental, tendrá derecho a un examen periódico.

Se atiende también a la protección especial que requieren los menores mental o físicamente impedidos, quienes tienen el derecho al igual que los demás a disfrutar de una vida plena y decente por lo que se les otorgará la atención médica necesaria de acuerdo a las necesidades especiales de cada niño, atendiendo también a la ayuda de acuerdo a la situación económica de las personas responsables de ellos.

En México la Ley General de Salud establece en su título noveno, capítulo único, la asistencia social, la cual tiene como actividades básicas: la atención en establecimientos especializados a menores y ancianos en estado de abandono o desamparo e inválidos sin recursos; el ejercicio de la tutela de los menores y la prestación de servicios de asistencia jurídica y de Orientación social, especialmente a menores, ancianos y minusválidos sin recursos.

Todo ello con el fin de que todo niño goce de un nivel adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; considerando la responsabilidad de los padres de brindarles ese derecho conforme sus posibilidades y medios económicos, siendo vigilados por el Estado el cual adoptará las medidas necesarias para apoyar y ayudar al ejercicio de dicho derecho. Derivándose del mismo la obligación alimentaria por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño, tanto si vive en el Estado parte como si vive en el extranjero, promoviendo convenios internacionales sobre este respecto. (arts. 23, 24, 25, 26 y 27).

Educación. El niño tendrá derecho a la educación con el fin de desarrollar la personalidad, aptitudes, capacidad física, fomentar el respeto a sus padres, a los valores nacionales y personales, su idioma, para que pueda asumir una vida responsable en una sociedad libre. El derecho a la

educación en la esfera internacional, se consolidó en la Declaración Universal de los derechos humanos (1948), en su art. 26 establece: "toda persona tiene derecho a la educación", con lo cual los beneficiarios de este derecho no sólo son los niños sino también los adultos, tratando de no sólo impartir conocimientos sino ante todo formar individuos y comunidades que promuevan el respeto a los derechos humanos con lo cual se facilita una convivencia internacional pacífica y solidaria. La idea de otorgar dicho derecho a la educación surgió con la Revolución Francesa y la Independencia de Estados Unidos dejando como tarea esencial del Estado la educación, pasando a ser ésta un ideal de los hombres que luchaban por la libertad, igualdad y justicia. Así, los ordenamientos jurídicos de varios países, incluyendo el nuestro, consagraron ese afán en las constituciones y en las leyes sobre enseñanza, estableciendo su obligatoriedad y gratuidad, principios que fueron retomados por la Convención. (art. 28 y 29).

Derechos culturales, religiosos y lingüísticos. En diversos países existen minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o de origen indígena en donde encontramos menores a quienes siguiendo el principio de no discriminación asentado en esta Convención, gozan de los mismos derechos que todos los niños así como la protección y defensa de su vida cultural, religión e idioma. En la Constitución mexicana se encuentra regulado dicho derecho en el artículo 4 que establece: "La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, cultura, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción."⁵⁵

⁵⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 2003.

Protección contra la explotación económica, sexual, secuestro, venta, tratamiento de niños o cualquier forma de explotación, torturas, tratos o penas inhumanas o degradantes. Es la primera vez que se hace mención específica de la necesidad de proteger al niño del uso de estupefacientes y de impedir que éste sea utilizado en la producción y tráfico de estas sustancias, se incluyó debido a la opinión de diversos países en donde un gran porcentaje de la población infantil utiliza drogas o se dedica al comercio de las mismas, lo cual hace que los menores no tengan un sano desarrollo debido a los efectos que las mismas producen en su organismo creando una gran dependencia lo que en algunas ocasiones los lleva a cometer diversos actos ilícitos.

Se protege al niño contra la explotación en el trabajo a la cual ya me he referido, pero si ésta es una cuestión dolorosa y denigrante lo es más la explotación sexual, que según informes presentados por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en la mayoría de los países del mundo la prostitución infantil tanto de niñas como de niños comienza cada vez a edad más baja y en un alto porcentaje, y lo más lamentable es que en la mayoría de los casos son los padres o las personas responsables del menor quienes son los responsables de ello incitándolos a prostituirse para obtener beneficios económicos.

El menor tiene derecho a ser tratado con humanidad y respeto y por ello también se protege al menor de ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; de no ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente y de tener, en fin, pronto acceso a la asistencia jurídica y derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad, la cual se considerará como último recurso El niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales, se proclamara el principio *nulum crimen sine lege*

y se consagrará la garantía de presumirse inocente mientras no se compruebe legalmente la culpabilidad, de conocer él directamente los cargos para preparar con asistencia jurídica su defensa, siempre atendiendo al interés superior del niño, manteniendo la dignidad inherente a toda persona humana. Dejando la tarea al Estado de tomar medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones y establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales y en su caso tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales. (art. 41).

México, años atrás, ya se había preocupado por dicha labor la cual ha seguido latente hasta nuestros días, pudiendo citar algunos ejemplos tales como: en 1881 el Código Penal estableció que el menor de 9 años no tenía responsabilidad alguna, de 9 años a 14 se requería la investigación sobre la capacidad en el discernimiento; a partir de los 14 años era responsable; en 1906 cuando Don Porfirio Díaz expide un decreto para que los niños no sean enviados a las islas Marías; en 1907 el Departamento Central del Distrito Federal dirige a la Secretaría de Justicia una exposición sobre la conveniencia de una cárcel para menores; el 10 de Diciembre de 1926 es creado el Tribunal para menores de la Ciudad de México. En 1973 celebra el Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del menor en donde se trató el régimen educativo y el tratamiento individualizado del menor en estado antisocial buscándose la prevención, asistencia y seguridad social del mismo, surgiendo de ahí la idea de que los tribunales de menores se convirtieran en Consejos Tutelares cambiando sus procedimientos, las medidas aplicables tendrían el carácter de protector.

Pudiendo con ello observar que México ha cumplido atendiendo al derecho del niño infractor de las leyes penales, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor.

La Convención como tratado con fuerza coercitiva que es, comprende un mecanismo de aplicación, cuyo fin es el de garantizar el respeto a las obligaciones contraídas por los Estados partes, creando un Comité para ello, que se encarga de examinar los informes que los Estados partes presentan sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos del niño y sobre el progreso realizado en cuanto al goce de los derechos. La principal preocupación del Comité consiste en facilitar el cumplimiento de las disposiciones, fomentando la cooperación internacional, evitando la confrontación.

Lo más importante es tener el conocimiento de los propios derechos y de los derechos de los demás siendo un requisito fundamental para lograr el respeto de los mismos. Sin embargo, esta obligación será efectiva a partir del momento en que un Estado ratifique la Convención. México ratificó la Convención de los Derechos de la Niñez, en Septiembre de 1990, con ello el Estado se compromete a adoptar el máximo de medidas orientadas a incorporar el contenido de la Convención en sus legislaciones.

Siendo la Convención una Indicación más de un cambio progresivo de actitud hacia la infancia; esta lista de principios enunciados que tratan de los niños pertenecientes a grupos minoritarios o indígenas, de las necesidades especiales de los niños impedidos, de la protección de todas las formas de explotación, de la libertad de expresión y de asociación entre otros que contribuye de manera considerable a mejorar las prácticas y los objetivos de bienestar y la protección de la infancia, pero por muy innovadora o progresista

que sea, debemos estar conscientes que no producirá ningún cambio si los derechos que contiene no son puestos en práctica, por ello es de considerarse si contribuirán realmente a mejorar efectivamente la vida cotidiana de los niños, en la medida que sea aplicada. Ahora más que nunca debido a la relativa escasez de recursos, será sumamente necesario abogar una y otra vez para que sea reconocida la importancia de la satisfacción de las necesidades de los niños, otorgándoles un desarrollo sano ya que son el porvenir de todas las naciones

La Convención deberá influir positivamente en la sociedad y en los gobiernos, promoviendo cambios en varios aspectos, por ejemplo:

1.- Gobierno. Integrar la Convención en los Planes Nacionales de Desarrollo y apoyar la aplicación de los Programas Nacionales y Estatales de Acción. Reexaminar presupuestos y dar máxima prioridad a satisfacer las necesidades humanas más importantes. Revisar la legislación vigente de manera que reflejen los intereses superiores del niño. Crear mecanismos para la aplicación y vigilancia de la Convención.

2.- Familia. Participar en la elaboración de programas y actividades a nivel de comunidades en los que participen padres y niños; en la capacitación de la familia para cumplir con sus obligaciones para con los niños y en tenerla como marco de referencia para identificar qué dar y por qué satisfacer determinadas necesidades a sus hijos.

3.- Niños y Niñas. Es conveniente que los niños quienes son los sujetos principales, entiendan y conozcan sus derechos, para que los relacionen en su vida, en la familia, escuela y comunidad, exigiendo respeto a los mismos y participación activa en la construcción de valores para la convivencia, tolerancia y el respeto ajeno, lo cual se ha ido perdiendo con el paso del tiempo.

4.- Cooperación Internacional. Instar a los organismos nacionales e internacionales competentes y las organizaciones no gubernamentales a colaborar con el Comité sobre los Derechos del Niño, los centros de Derechos Humanos para promover y proteger los derechos del niño.

A cada uno de nosotros (adultos), nos corresponde hacer el esfuerzo por reconocerle al niño sus derechos, contribuyendo con ello a mejorar el trato con y para aquellos niños que pudieran quizás ser parte de nosotros mismos, dándoles la oportunidad de crecer para que en un futuro tengan la oportunidad de ser y con ello lograr la mejor protección de los niños en circunstancias especialmente difíciles.

3.4. La protección de la infancia en México.

En México el problema de la protección de la infancia merece especial estudio, ya que se presenta un doble problema. Por una parte, el abandono en que se encuentra normalmente la niñez campesina y en segundo lugar, lo que sucede a la niñez de los grandes centros de población urbana, en ambos se presenta la terrible lucha contra el hambre. Por lo que nuestro país ha intentado diversas medidas para proteger a la infancia, jugando un papel protagónico en la comunidad internacional por la congruencia, solidez y estabilidad de sus principios de política exterior hoy convertidos en normas constitucionales. La preservación, extensión y defensa de los derechos humanos han sido una preocupación permanente concretada en acciones que le han hecho merecer una extraordinaria reputación en diversas naciones. En lo referente a los derechos de la infancia México ha sido el promotor de un importante conjunto de iniciativas y programas a través de su historia.

Los derechos del hombre han influido en la vida de México desde la Conquista hasta la Revolución específicamente hasta la Constitución de 1917, los cuales pueden agruparse en dos categorías:

1.- Los que se refieren directamente a la vida y seguridad física de la persona, con sus libertades fundamentales, con su igualdad, condición necesaria para el respeto de su inherente dignidad.

2.- Los derechos políticos, económicos, sociales y culturales que garantizan la participación de los hombres y mujeres en el desarrollo de la comunidad estatal, así como su bienestar, su seguridad material.

Los de la primera categoría los podríamos configurar dentro de lo que se conoce como el "estado de derecho, es decir, se reconoce que la autoridad del estado no es ilimitada y quienes la gobiernan solamente pueden hacer aquello que las leyes les autoriza siempre y cuando éstas hayan sido dictadas de acuerdo a normas que por su carácter fundamental se llaman constituciones."⁵⁶

Su antecedente se encuentra en la Carta Magna de Inglaterra, extendiéndose al mundo a fines del siglo XVIII con la independencia norteamericana y nos llega a través de la Constitución de Cádiz de 1812.

Los de la segunda categoría son muy recientes al grado de que algunos siguen siendo aspiraciones de los pueblos de lenta y difícil realización, tal como el que nadie carezca de morada, alimentación, educación hasta grado superior si tiene méritos para ello y una seguridad social, y digo que siguen

⁵⁶ Antonio Carrillo Flores, La Constitución, Suprema Corte y Derechos Humanos, p. 218.

siendo aspiraciones porque aún cuando en nuestro país se otorgan dichos derechos dentro de la Constitución, encontramos a niños y adultos mal nutridos que fallecen o bien presentan deficiencias mentales severas, trastornos orgánicos, desequilibrio físico, y en la mayoría de los casos la desnutrición se ve ligada a la pobreza debido a la limitación para adquirir alimentos o bien en la zonas rurales para producirlos; por otro lado, en cuanto a la vivienda en México, la migración a la ciudad contribuye una gran concentración de la población en la misma siendo insuficiente la vivienda y generándose los cinturones de miseria en áreas céntricas inadecuadas o bien en las nuevas urbanizaciones con frecuencia de ocupación ilegal, carente de agua potable, servicios sanitarios, etc., lo mismo sucede en el hábitat rural donde la vivienda es extremadamente rudimentaria, se da la carencia de servicios, en especial agua potable. Observando que dentro de dicha población existe un gran porcentaje de población infantil que vive en esas circunstancias denigrantes.

Al referirse a la educación, los estudios que se han realizado presentan un porcentaje muy alto en las tasa de analfabetismo. De ahí la presencia de diversos problemas de los niños que nos lleva a comprender la presencia dentro de los mismos a la familia, las condiciones concretas de nutrición, salud, vivienda, cultura, trabajo e ingresos de sus miembros.

En cuanto a los niños de las comunidades rurales, también se aúna a sus problemas los provocados por el idioma y la cultura, y éstos al igual que los niños de los sectores urbanos marginales se ven obligados a incorporarse prematuramente al trabajo productivo desarrollando su infancia en un hábitat que atenta su salud física y oprime su desarrollo social y espiritual. México a través de su historia siempre ha luchado por los derechos del hombre,

remontándonos desde la Conquista ya que a raíz de la misma se presenta una de las controversias más importantes de la historia de las luchas por las libertades humanas, es decir, la libertad de los indios que se veía transgredida por los intereses de los conquistadores.

Para México el primer documento trascendental en cuanto a derechos humanos se trata, fue el que dictó en 1538, el Papa Pablo III, reconociendo que los indios occidentales y meridionales, así como los otros pueblos cuya existencia ha llegado recientemente a nuestro conocimiento, bajo el pretexto de su ignorancia de la fe católica "...no pueden ser oprimidos como bestias brutas. ..dichos indios y todos los de otros pueblos cuya existencia pueda venir con posterioridad al conocimiento de los cristianos, aunque están fuera de la fe cristiana, no son y no deben ser privados de su libertad y de la posesión de sus bienes, al contrario, pueden libre y lícitamente usar y gozar de esa libertad y posesión, y no deben ser reducidos a servidumbre".⁵⁷

Tratando que con dicho documento se otorgara el derecho a la igualdad a los hombres, sin embargo, no tuvo el éxito que se esperaba. Fue Bartolomé de las Casas quien expidió las Leyes Nuevas de Indias dictadas por el emperador Carlos V en Barcelona 1542 y en Valladolid 1543, prohibiendo la esclavitud de los naturales del Nuevo Mundo. Posteriormente en la parte final del siglo XVIII se vio la presencia de los frailes universitarios, jesuitas, y más tarde de los eclesiásticos donde surgieron Hidalgo y Morelos, cuyas obras afirman la dignidad humana. Don Miguel Hidalgo, no llegó a plantearse la necesidad de reflejar la proclama de la Independencia de México en un documento constitucional, sin embargo, sus convicciones sobre los Derechos Humanos se expresaron apenas iniciada la lucha armada mediante dos

⁵⁷ *Ibíd.* p. 219.

bandos, uno en Valladolid y otro en Guadalajara, en 1810, declaró abolida la esclavitud, castigando la práctica de la misma con la pena de muerte. Siendo dicho movimiento de Independencia pionero en América respecto de la abolición de la esclavitud, adelantándose México a muchas naciones en esta proscripción incluso a Estados Unidos, en donde el presidente Lincoln, decretó la abolición de la esclavitud después de la Guerra de Secesión. A nivel de la comunidad internacional la abolición de la esclavitud no se expresa sino hasta 1926, cuando la Convención Internacional de Ginebra recomendaba a los países abolir la esclavitud de manera progresiva y prudente.⁵⁸

En esta lucha ininterrumpida por los Derechos Humanos hay que destacar el documento escrito por José María Morelos en 1813, conocido como Los Sentimientos de la Nación, cuyo título real es 23 puntos dados por Morelos para la Constitución, dejándolo éste en manos del Congreso de Chilpancingo para que éste promulgase la Primera Constitución de México, dictada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, en donde no sólo reiteró la proscripción de la esclavitud sino que condenó las castas: "Todos, serán iguales, sólo distinguirán a un americano de otro el vicio y la virtud."⁵⁹

El capítulo V de la Constitución de Apatzingán contiene una de las más importantes declaraciones de Derechos Humanos, cuyo título fue "De la igualdad, seguridad, prosperidad y libertad de los ciudadanos". En donde se estableció: "La felicidad del pueblo y cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, prosperidad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas."⁶⁰

⁵⁸ Manuel Peña Bernaldo de Quiros, Op. cit., p. 72.

⁵⁹ Tena Ramírez, Felipe. Leyes Fundamentales de México. México, Porrúa, 2000, p. 45.

⁶⁰ Ibidem, loc. cit.

La dignidad humana era en aquella época la bandera de todos los mexicanos, logrando que México tuviera un proyecto de vida distinto que de haberse continuado quizás México sería diferente, teniendo todos sus habitantes un nacionalismo muy arraigado, que en nuestros días no se ha fomentado.

Posteriormente se consideró que se debería contar con un orden jurídico que garantizara la paz social, tras un debate referente a la forma de organización que se debía adoptar, centralizado o federal, optando por la forma federativa. Se expidió el 4 de octubre 1824 la primera Constitución del México Independiente en la cual no se incluyó una declaración de Derechos Humanos, pero si se encuentran diseminadas dentro de su texto algunas garantías individuales ya que la materia de derechos Humanos era considerada propia de las legislaciones locales. Sin embargo, posteriormente en plena intervención norteamericana, otro Congreso Constituyente, el 19 de mayo de 1847 realizó en Acta de Reforma incorporándole algunas modificaciones, estableciendo dentro del Acta un capítulo sobre Derechos Humanos, el art. 5 del Acta establecía: "Para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República y establecerá los medios de hacerlas efectivas".

En este período de la vida histórica de México, se enfatizó la inherente dignidad humana, todas las leyes fundamentales que liberales y conservadores dictaron se anticipaban a lo que en otras regiones del mundo aun no se tenía y se estaba luchando por ello.

En las leyes encontramos que existían limitaciones al ejercicio de los derechos políticos fundados en el patrimonio, en la educación o en el trabajo

pero no se desconocía que los mexicanos tienen derechos básicos, naturales, es decir, derecho a su libertad y seguridad.

Posteriormente, se dio el resultado del choque del México colonial con el México nuevo, aportando la tesis del cambio, del progreso y de la modernidad, con la idea de que un orden jurídico basado en los altos valores del ser humano terminaría con esa cadena de luchas que lo único que habían logrado era el menoscabo del país, lográndose así la realización de la Constitución de 1857, la cual empieza declarando que el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales.

El contenido era brillante, ya que encontramos una de las más grandes manifestaciones sobre los Derechos del Hombre que hasta el momento había existido, derechos a los que todo ser humano tenía acceso. Se podía observar el reflejo que tuvo la Revolución Francesa en el pensamiento mexicano, el cual consideraba que: los hombres son por naturaleza libres e iguales y se reúnen y viven en sociedad, por una parte, en virtud de sus inclinaciones sociales y, por otra parte, para asegurar el máximo de libertad con la idéntica libertad de los demás.

El país se desarrolló en diversos aspectos promoviendo la libertad de imprenta (art. 7), la libertad de enseñanza, entendiendo a la educación como medio para vigorizar la conciencia nacional y el advenimiento de la democracia, impidiendo también que la iglesia continuara con el monopolio de la enseñanza y dejando de ser ésta únicamente para las clases privilegiadas (art. 3), la libertad de cultos (art. 123), quedando exclusivamente a los poderes federales ejercer, en materia de culto religioso y disciplina externa, la intervención que designen las leyes.

Dentro de los frutos de la Constitución de 1857, se ubica una magnífica declaración de los derechos fundamentales del ser humano en donde la expresión liberal de la dignidad humana se encuentra latente.

Posteriormente llega la etapa de la Revolución y con ella la Constitución de 1917, la cual se dirigía a un pueblo con hambre y sed de justicia, siendo una ley exclusiva mexicana manifestando la tendencia reformadora, populista y nacionalista.

Encabezada ya no por una declaración filosófica sino una más realista y jurídica acerca de las garantías individuales, pero el concepto y hasta la expresión derechos del hombre se mantiene en su artículo 15.

Con la promulgación de la Constitución de 1917 se inicia una nueva etapa en la historia del constitucionalismo mundial. México con la primera declaración de derechos sociales del mundo inicia lo que se conoce como Constitucionalismo Social. Además de contener la declaración de derechos humanos recogió en su seno una serie de derechos inspirados en el ideal de la justicia social: dar más a los que menos tienen, procurando con ello la equitativa distribución de la riqueza. Por una parte el artículo 123 estableció un listado de garantías para la clase trabajador, y por otra el artículo 27 incluyó una nueva expresión de la propiedad: la propiedad como función social, con éste el reclamo de los campesinos "tierra y libertad" es elevado a rango de norma constitucional. Quedando las garantías individuales y sociales perfectamente complementadas, es decir, uniendo libertad y justicia social, ambas necesarias para el desarrollo de la dignidad del ser humano.

Llegando hasta nuestros días con ciertas modificaciones, algunas de ellas han servido para fortalecer el régimen de los Derechos Humanos.

Cuando se habla de derechos del hombre que México a través de los años ha venido adquiriendo y luchando por obtenerlos, hay que entender que también se está aludiendo al menor que aún cuando no se hable específicamente de ellos se encuentran intrínsecos, de tal manera que los Derechos de los niños en México están contenidos en la Constitución, el Código Civil y otras leyes secundarias.

La Constitución consagra a los niños el goce de las Garantías Individuales relacionadas con su libertad, a la vez que prohíbe la esclavitud de los menores y les otorga el derecho a recibir educación gratuita, científica y democrática, esto es, ajena a cualquier doctrina religiosa; el menor tiene la libertad de dedicarse a la profesión, oficio, industria o comercio que elija y el ejercicio de esta elección no puede ser coartada por la autoridad de los padres o tutores. El niño no podrá ser obligado a prestar servicios personales sin recibir la justa remuneración por ella y está prohibido el trabajo de los menores de catorce años.

En las condiciones en que se da el trabajo en México, la sobre explotación masiva de menores trabajadores en actividades de la producción y el comercio se presenta diariamente, aunque si bien existe una legislación laboral protectora del menor y prohibitiva del trabajo de los niños ésta se ve nulificada debido a las deformaciones estructurales de nuestra economía y a un evidente desequilibrio entre los factores de la producción, a pesar de algunos avances de nuestra legislación laboral, el trabajo infantil es un fenómeno que ocurre al margen de la contratación legal con violación a la Constitución y a la Ley Federal del Trabajo y sin recibir el menor trabajador las prestaciones a que tiene derecho, encontrando injusticias cometidas hacia los menores con las que no se ha podido terminar, rebasando todas las legislaciones existentes.

Por otro lado, el menor cuenta con derechos civiles, esto es, que el menor tiene personalidad jurídica de goce desde el momento en que es concebido. La personalidad jurídica es la facultad de hacer valer los derechos de goce y ejercicio. Esta última es la aptitud de actuar por sí mismo, de ejercitar derechos y obligaciones personalmente. Por los menores e incapaces la ejercen los padres o tutores. En ejercicio de su capacidad de goce, los menores tienen atributos de la personalidad, esto es, el derecho a tener un nombre, un domicilio, una nacionalidad y un patrimonio. La capacidad de goce se inicia desde la concepción y termina con la muerte. Para nuestro derecho, los derechos de los niños se originan en el momento de la concepción. Sin embargo nuestro derecho está más orientado a la protección de la propiedad privada que al interés en el niño como ser humano y así protege al futuro niño en tanto propietario, heredero o transmisor de un linaje que asegure la continuidad del patrimonio familiar.

Según la tesis de Kelsen, "la concepción del ser viene a determinar el nacimiento de la personalidad jurídica, porque desde ese momento es centro ideal de imputación de derechos para ser heredero, legatario o recibir donaciones."⁶¹

Por otro lado también procura proteger algunos derechos al menor en otros aspectos a través de diferentes instituciones del derecho civil tales como: filiación, patria potestad, tutela, adopción, entre otras, las cuales se han convertido en ineficientes debido a las exigencias actuales de los niños.

El papel que ha jugado México a través de su historia ha trascendido hasta la comunidad internacional por la congruencia, solidez y estabilidad de sus principios de política exterior hoy convertidos en normas constitucionales.

⁶¹ Rafael Rojina Villegas, Op. cit., p. 158.

La preservación, extensión y defensa de los derechos humanos ha sido una preocupación permanente concretada en acciones que le han hecho merecer una extraordinaria reputación en diversas naciones. En cuanto a los derechos de la infancia, México ha sido promotor y original receptor de un importante conjunto de iniciativas y programas, los cuales se han llevado a cabo en conjunto con las Naciones Unidas a través de el Fondo de las Naciones Unidas para Socorro de la Infancia (UNICEF).

México, por su parte, ha creado organismos encargados de la atención de los problemas de la infancia, tal es el caso del extinto Instituto Nacional de Protección a la Infancia, Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), cuya finalidad primordial es la asistencia social, protegiendo los derechos de los niños.

En 1976 la propia Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la resolución aprobada en la quinta sesión plenaria celebrada el 19 de mayo de 1975, instituyó el año de 1979 como el Año Internacional del Niño, lo que propició que los países miembros intensificaran sus procesos de reforma, actualización y modernización de su orden jurídico interno con el fin de proteger decididamente a los niños.

México, por su parte, adicionó al artículo 4 de la Constitución un nuevo párrafo, publicado el 18 de marzo de 1980, en el cual se establece el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, instruyendo que la ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas. El mismo artículo tuvo otra adición en 1983, por decreto publicado el 3 de febrero de 1983, referente a la protección de la salud. Habiendo

quedado consagrada como garantía social para todos los mexicanos el derecho a la protección de la salud, pretendiendo dar impulso a una sociedad más igualitaria, entendiendo que la salud es un bien social que debe considerarse no sólo desde el punto de vista biológico, sino en forma integral, tomando en cuenta los factores socioeconómicos y culturales que inciden en ella. Para dar cumplimiento a estos derecho, en 1984, se expidió la Ley General de Salud en la que se establecen como finalidades del derecho a la protección de la salud; el bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; la prolongación y mejoramiento de la calidad de vida humana y el disfrute de los servicios de salud y asistencia que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población. Dentro de los servicios de salud establece una clasificación en la cual se señala la atención especial a menores y ancianos haciendo una referencia específica a aquellos sin recursos o en estado de abandono o desamparo.

En dicha ley se establece que el gobierno federal contará con un organismo que tendrá dentro de sus objetivos la promoción de la asistencia social, la prestación de servicios en ese campo y la realización de las demás acciones que establezcan las disposiciones aplicables. Creando de tal manera el Estado a dicho organismo nombrándolo Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, conocido por sus siglas DIF; el día 9 de enero de 1986 se publicó la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social, la cual establece las bases y procedimientos de un Sistema de asistencia social, que promueva la prestación de servicios en ese campo.

Por todo ello, no pueden desestimarse los esfuerzos realizados que han existido en el orden interno: la renovación legislativa evidenciada en instrumentos, da clara muestra de la presencia de esa voluntad política.

Sin embargo, más de diez años de aguda crisis económica que cada día se va acentuando más, ha venido dejando huellas ciertamente en toda la sociedad pero más doliente sobre nuestros niños. Muchos avances se han detenido y varios logros obtenidos se han visto y aún se ven amenazados; no se puede terminar con el hambre, el analfabetismo, el abandono y las situaciones infrahumanas en las que viven diariamente un gran porcentaje de los menores que conforman nuestra población. Las oportunidades para salir adelante cada día se ven más estrechas y son los niños quienes más padecen la marginación y la pobreza. Teniendo cada día que pasa una gran deuda con los niños y una gran responsabilidad de mejorar sus condiciones de vida, el mundo está sufriendo grandes transformaciones en todos los aspectos que están rebasando las capacidades del ser humano, que amenazan intempestivamente a miles de familias y particularmente a los hijos. El futuro de las naciones se encuentra en los niños, de ahí que el futuro de la humanidad está en manos de quienes trabajen decididamente por el cabal cumplimiento y aplicación de los derechos en favor de la infancia, logrando mejorar las condiciones de vida de los niños del mundo entero.

CAPÍTULO IV

ORGANISMOS ENCARGADOS DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS

4.1. El consejo local de tutelas.

Nuestro Código Civil actual señala que la tutela se desempeñará con intervención del Consejo Local de Tutelas, a diferencia de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 e incluso en la Ley sobre Relaciones Familiares, en los cuales se expresaba que la tutela se desempeñaría por el tutor con la intervención del curador en los términos establecidos por la ley.

Por lo que ahora al estudiar a la institución de la tutela es preciso determinar las funciones y facultades que le competen en dicho rubro al Consejo Local de Tutelas, éste es considerado un órgano de vigilancia e información para cumplir con las funciones que se expresan en el Código Civil, en lo que se refiere a la guarda de las personas y bienes de los sujetos a tutela conforme a lo establecido por la ley.

Nuestra legislación establece en su art. 631 C.C. que deberá constituirse en cada demarcación territorial del Distrito Federal un Consejo Local de Tutelas el cual deberá ser representado por un Presidente y dos vocales cuyos cargos serán anuales. El nombramiento de los mismos se hará por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto o por los Jefes Delegacionales, según el caso, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que tengan un modo honesto de vivir y que se hayan destacado por su interés en la protección de los menores.

Dentro de sus obligaciones relativas a la tutela encontramos las siguientes establecidas en el art. 632 Código de Procedimientos Civiles:

I. Formar y remitir a los Jueces de lo Familiar una lista de las personas de la localidad que, por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren a los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al Juez;

II. Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación y asistencia; dando aviso al Juez de lo Familiar de las faltas u omisiones que notare;

III. Avisar al Juez de lo Familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes;

IV. Investigar y poner en conocimiento del Juez de lo Familiar qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos;

V. Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537;

VI. Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma.

Como se observa funge como órgano auxiliar para el desempeño de la tutela, sin embargo, algunos civilistas consideran que el período de las funciones de quienes lo integran que es de un año se hace insuficiente y lo convierte en un organismo burocrático únicamente siendo incompetente para la debida atención de los menores a quienes van auxiliar por lo que toca al cuidado de sus personas y bienes. Debido a que sus labores las dejan

inconclusas, el menor que pudiera quedar bajo su protección se ve afectado por ello.

El Consejo Local de Tutelas también interviene en el programa de la Procuraduría de la defensa del menor y la familia el cual se encarga de brindar de manera gratuita y permanente servicios de asistencia jurídica y orientación social a aquellas personas menores de edad, ancianos y minusválidos carentes de recursos, al igual que se encarga de investigar la problemática jurídica que les aqueja especialmente a los menores. El Consejo, dentro de dicho programa, se encarga de la supervisión a los tutores y curadores referentes al cumplimiento de las funciones que están obligados a desempeñar.

4.2. El consejo tutelar para menores infractores.

Nuestra Constitución en el párrafo cuarto del artículo 18 establece: "La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores". Derivado de ello encontramos a la Ley que crea el Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial el 2 de agosto de 1974 entrando en vigor 30 días después, la cual vino a sustituir a la Ley Orgánica y normas de procedimiento de los tribunales de menores y sus instituciones auxiliares de 1941, así como excluye al Código Penal en materia de menores en el área del fuero común, lo cual se establece en art. 1º transitorio de dicha ley que señala que se derogan los artículos 119 a 122 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal del 13 de agosto de 1931. Respecto de los Estados se establece en el Código Federal de Procedimientos Penales que "en los lugares donde existan Tribunales

Locales para menores serán éstos competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de 18 años, aplicando las disposiciones de las leyes federales respectivas."

La finalidad del Consejo Tutelar para menores infractores es "la readaptación social de los menores de 18 años de edad que infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno o manifiesten otra forma de conducta que hagan presumir fundadamente una inclinación a causarse daño a sí mismos, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo."⁶²

El menor que haya infringido las leyes penales se deberá presentar ante dicho Consejo nombrándosele un promotor el cual tiene la encomienda de velar en todo momento por sus intereses y bienestar, deberá estar presente en todos los actos que integran el procedimiento.

Las resoluciones se emitirán por la sala correspondiente del Consejo tutelar para menores, misma que se integrará con tres consejeros quienes serán: un médico, un licenciado en derecho y un profesor especialista en infractores, las cuales podrán ser:

- ◆ Libertad
- ◆ Internamiento en la institución que corresponda según su edad y personalidad.
- ◆ Libertad vigilada, en dicho caso el menor se entregará a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, a falta de éstos será colocado en un hogar sustituto.

⁶² Victoria Adato Ibarra, Derecho Procesal de menores, Derecho de la Niñez, p. 96.

El Consejo Tutelar podrá establecer consejos tutelares auxiliares en las delegaciones políticas, los que se encargaran de las infracciones cometidas a los reglamentos de policía y buen gobierno así como de conductas ilícitas tales como: golpes, amenazas, injurias, lesiones que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar menos de 15 días y daño en propiedad ajena culposos hasta la cantidad de dos mil pesos, dicho consejo auxiliar únicamente tendrá la facultad de imponer amonestaciones. En caso de que se presentare a dicho consejo un caso distinto a los antes mencionados tendrá la obligación de remitirlo al Consejo Tutelar.

Se observa aquí la intervención del Estado a través de dichos consejos, es decir, el Estado interviene en el momento en que se pone un menor a disposición del consejo, en caso de que se resuelva que el menor queda bajo la protección de quienes ejercen la patria potestad o tutela o quienes lo tengan bajo su guarda el estado respeta la actuación de los mismos cumpliendo hasta ese momento su intervención pero en el caso en que el menor se tuviese que internar en el centro de observación del Consejo, el Estado ejerce plenamente su función tutelar.

El Estado ejerce su función de tutor para guarda y seguridad de los menores, supliendo en ese momento las funciones de los padres o tutores, ya que se encargará de proteger, alimentar, educar y reorientar al menor que lo necesite, preparando a aquellos niños o adolescentes que se pudiesen encontrar desamparados o desorientados.

El Consejo Tutelar se creó con la finalidad, como mencioné anteriormente, de dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, otorgándoles una mejor política tutelar y educativa por considerar que delinquen por problemas psicosociales.

Hay que aclarar que en dicho rubro la acción del Estado frente a los menores infractores no es autoritaria, sino que ésta es de carácter social, por lo que sus actos no quebrantan las garantías individuales de los menores únicamente sustituye a los que se encargan del menor para llevar a cabo actos en beneficio y protección del menor y por lo mismo no procede el amparo. Al considerar que las medidas aplicables a los menores no son penas, el procedimiento que se llevará a cabo por los consejos tutelares no es un juicio del orden penal, transformándose el *ius puniendi* del estado en *ius corrigendi*, al igual que a los padres se les otorga dicho derecho el Estado resulta ser un Estado tutor.

Hay que tomar en cuenta que dichos menores se encuentran bajo la guarda de personas adultas por lo que es necesario exigir la responsabilidad de los encargados de los menores que descuiden o abandonen su función, o bien la ejerzan de manera irregular o ilícita.

No se puede considerar que éstos deben ser sustraídos de la responsabilidad de las consecuencias que provoca la conducta de quienes están bajo su cuidado. Por lo que el Consejo Tutelar da aviso al Ministerio Público en caso de que el encargado de la guarda y cuidado del menor incurra en delito como corrupción de menores, lesiones producto del ejercicio del derecho de castigar, entre otros.

Una vez que el menor sea reincorporado a su hogar, el consejo tutelar debería exigirles responsabilidad a los padres, tutores o responsables del menor ante el descuido, abandono o ejercicio irregular de sus obligaciones tutelares. Ya que en ellos recae la obligación de educarlos y, por lo tanto, son responsables de la conducta de los mismos, debiéndoles de exigir dicha responsabilidad cuando comprometan con sus actitudes el comportamiento

de los menores. Con ello se evitaría mucha delincuencia infantil ya que los niños son producto de los adultos.

4.3. El sistema nacional para el desarrollo integral de la familia.

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia es un organismo público descentralizado con personalidad y patrimonio propio creado por decreto del Ejecutivo Federal del 10 de enero de 1977, conocido comúnmente por sus siglas DIF.

El Desarrollo Integral de la Familia vino a sustituir al Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia antes Institución Nacional de Protección a la Infancia cuyos recursos provenían de la ayuda norteamericana la cual posteriormente se suspendió y de particulares mexicanos, dicha Institución se encargaba de los problemas de la infancia dando énfasis a la asistencia del menor abandonado, tuvo un gran impulso durante el sexenio del Lic. Luis Echeverría Álvarez logrando ayudar con raciones alimenticias a miles de familias. Sin embargo, como ha sucedido tantas veces en nuestra política cambian sexenios, funcionarios, ideologías y proyectos, desapareciendo dicha institución y surgiendo el DIF.

Se creó con el deseo de impulsar las acciones tendientes a promover el bienestar de la niñez y garantizar jurídica y socialmente la defensa, protección y salvaguarda de la niñez y la familia.

El DIF lleva a cabo nueve programas institucionales que garantizan la eficiencia de sus objetivos entre los que encontramos a los siguientes:

- ◆ Programa de integración social y familiar.

- ◆ Programa de asistencia social a desamparados.
- ◆ Programa de rehabilitación.
- ◆ Programa de asistencia social alimentaria.
- ◆ Programa de promoción del desarrollo comunitario.
- ◆ Programa de asistencia jurídica.
- ◆ Programa de desarrollo cívico, artístico y cultural.
- ◆ Programa de formación y desarrollo de recursos humanos e investigación.

El DIF atiende preferentemente a los menores en estado de abandono, desamparo, desnutrición o sujetos a maltrato; menores infractores; personas que por su extrema ignorancia requieran servicios asistenciales; víctimas de la comisión de delitos en estado de abandono, familiares que dependan económicamente de quienes encuentren detenidos por causa penales y que queden en estado de abandono.

El DIF cuenta con un órgano especializado denominado Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, misma que presta servicios de asesoría jurídica y orientación social a los menores, ancianos y minusválidos sin recursos, patrocinándolos o representándoles en juicio de alimentos, adopción, tutela, rectificación de actas del estado civil y en general en todos aquellos problemas inherentes al derecho familiar. De ahí su importancia en la figura jurídica que estamos estudiando en este trabajo.

A través de la procuraduría el menor y la familia encuentran una protección más por parte del Estado respecto de sus derechos, la cual no sólo está para solucionar sus conflictos sino que les protege su capacidad de goce y ejercicio de cada uno de los miembros de la familia, así como se encarga de brindar la protección especial a aquellos que están impedidos para gobernarse a sí mismos.

Atiende también en caso particular a los menores de edad víctimas de maltrato por parte de sus padres, tutores o custodios, creándose en 1983 un consejo consultivo que trata dicho rubro.

El DIF tiene a su cargo la defensa de los derechos del menor en todas sus actuaciones y fue creado con el objetivo primordial de la niñez y la familia como base de la estructura de la sociedad. Por ello es que su intervención se convierte en primordial y sus recursos se han hecho escasos ante la demanda de sus servicios. Es increíble ver que en una sociedad existan tantos niños desamparados, desnutridos y sobre todo maltratados por sus propios familiares; en este sentido el DIF atiende a todos los llamados mediante los cuales la sociedad pide de su intervención, pero es en ésta última en quien recae gran parte de la responsabilidad de que se empiece a combatir las acciones en perjuicio de los niños, ya que el DIF es insuficiente para vigilar a todo hogar mexicano, por lo que resulta indispensable la participación de la sociedad para dar a conocer cuáles son los alcances de dicho organismo y cuáles son los derechos de que goza todo menor y para denunciar cualquier acto que ponga en peligro el bienestar del menor.

Así observamos cómo se encomienda al Estado la protección de los menores, es decir, la tutela de los desamparados. Al encontrarse sin la protección especial que requieren, automáticamente interviene el estado

supliendo la falta, pudiendo considerar el desamparo el hecho que se produce a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material, convirtiéndose el Estado en tutor, sin que con ello signifique que no respete los derechos de los padres o familiares encargados de los menores, quienes en caso de considerar una intromisión injustificada por parte de la autoridad judicial pueden ejercer sus derechos legalmente.

El Estado como tutor asumirá la guarda del menor durante el tiempo que considere necesario y dicha tutela terminará cuando cese el desamparo del menor.

Con ello el Estado realiza su función tutelar protegiendo los derechos de los menores, mismos que se encuentran establecidos en nuestra Constitución y a su vez cumple con el compromiso contraído a nivel internacional de establecer programas e instituciones que se encarguen de proteger a los menores.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

5.1. Justificación de esta ley.

Con el fin de contribuir a que en toda la República Mexicana se cumpla la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) de conformidad con lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 15 de diciembre de 1999, la LVII Legislatura del Congreso de la Unión aprobó la reforma del párrafo sexto del artículo 4º Constitucional, y el 8 de marzo de 2000, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión hizo la declaración en los términos del artículo 135 Constitucional, en el cual se hace reconocimiento expreso de que las niñas, los niños, las y los adolescentes, como personas que son, tienen derechos humanos.

Para dar continuidad a la reforma, se propuso la Iniciativa de Ley reglamentaria del párrafo sexto del artículo 4º constitucional en materia de protección de los derechos de las niñas, los niños, las y los adolescentes, mediante el cual se pretendió sentar la base de lo que se propuso como la refundación, para comenzar en el plano legislativo, de un derecho de la infancia basado en la garantía de sus derechos.

Hasta apenas hace 10 años imperaba en México, como en casi todo el mundo, una forma de ver a las niñas, los niños, las y los adolescentes como seres que al no ser adultos, estaban en una situación no regular y, por tanto, eran considerados incapaces y no autónomos. Así, eran vistos conforme a la doctrina de la situación irregular, con base en la cual se establecieron sistemas jurídicos de exclusión social y ética de los niños considerados

menores y se crearon instituciones que sirvieron para excluir a niñas, niños y adolescentes de la convivencia entre los adultos, así como para legalizar intervenciones abusivas a su respecto.

Afortunadamente la doctrina de la situación irregular ha dejado paso a la doctrina de la protección integral, que aporta las bases de un sistema en el que niñas, niños y adolescentes sean protegidos, no por instituciones para menores, sino por toda la sociedad, para integrarlos a ella y permitirles el goce pleno de sus derechos como seres humanos.

La doctrina de la protección integral ha traído consigo aportes teóricos interdisciplinarios que han permitido tener una visión íntegra de la niñez, y que nos ayudan a concebirla como un período de una amplia y profunda actividad, que lleva a la edad adulta y que, por tanto, es de importancia fundamental en el desarrollo del ser humano. Esta concepción lleva a considerar prioritaria la protección de ese proceso de desarrollo, a fin de que niñas, niños y adolescentes alcancen la adultez con éxito.

Nuestro sistema jurídico, hasta antes de la aprobación de la Ley que se comenta, no atendía todavía esta nueva forma de ver a niñas, niños y adolescentes. Como casi todos los del mundo, fue diseñado cuando se les miraba como seres afectados de una especie de minusvalía que los hacía distintos de los adultos y dependientes de ellos; es, por tal razón, un sistema que establecía un control casi ilimitado y autoritario de quienes no habían cumplido 18 años, no protege sus garantías ni sus derechos, ni atiende a sus necesidades de desarrollarse y crecer plena, espontánea y libremente. Un sistema así contrariaba, respecto de la niñez como en ningún otro caso, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con tal marco jurídico de fondo, muchísimas niñas y niños mexicanos vivían en condiciones de sobrevivencia y eran víctimas del desamor, de la violencia dentro de la familia, de la explotación sexual, del abuso laboral, todo lo cual influía negativamente en su salud, su rendimiento escolar, su crecimiento y su desarrollo físico, emocional e intelectual.

Contra lo que suele pensarse, la pobreza no es el único factor del desamparo y el abuso; lo son también las cuestiones culturales, los patrones usuales de solución de conflictos dentro de la familia mediante formas violentas; la convicción generalizada de que, puesto que quienes cursan la infancia dependen de los adultos, éstos tienen derechos de los que es moralmente aceptable que abusen; la concepción según la cual, el hecho de que niñas, niños y adolescentes vivan de conformidad con una lógica y una estructura mentales diversa a la de sus mayores es señal de minusvalía y razón para tratarlos con autoritarismo.

De ahí que organismos internacionales, centros de educación e investigación superior, organismos no gubernamentales e instancias de gobierno hayan venido insistiendo desde hace varios años en que debían ponerse en marcha políticas nacionales urgentes de atención a niñas, niños y adolescentes en México y que, para que tales políticas fueran exitosas, era necesario crear un marco jurídico que sustentase y permitiera esa puesta en marcha con la participación, en todo el país, tanto de los servidores públicos de todas las instancias en los tres órdenes de gobierno, como de las madres, los padres y otros familiares de niñas, niños y adolescentes, y de los demás integrantes de la sociedad civil, dado que todos debemos cumplir los compromisos adquiridos por nuestro país al suscribir la CDN, puesto que a ello nos obligan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En los términos del artículo 133 constitucional, esta iniciativa fue una respuesta a este compromiso signado por México. Para elaborarla se tomaron en cuenta las diversas propuestas presentadas por instituciones gubernamentales y organismos de la sociedad civil, igualmente destacaron el trabajo de consenso entre diputadas y senadoras de todos los grupos parlamentarios de la LVII Legislatura. También se aprovecharon los desarrollos hermenéuticos que el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) realizó para el ámbito latinoamericano.

Es importante mencionar que con la reforma al párrafo 6° del artículo 4° constitucional y esta iniciativa, México dejó de estar a la zaga en lo que se refiere a adecuar su normatividad legislativa a la CDN y a otros tratados internacionales asignados en la materia.

Esta iniciativa desarrolló el nuevo párrafo del artículo 4° constitucional, con el fin de atender a la necesidad de establecer los principios básicos conforme a los cuales el orden jurídico mexicano habrá de proteger que niñas, niños y adolescentes, ejerzan sus garantías y sus derechos.

Por otra parte, esta iniciativa estableció las bases de la acción concurrente de Municipios, Estados y Federación, en respeto de la distribución de competencias que hace la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entre los tres ámbitos de gobierno. Con ello se pretendió facilitar que:

a) Los Congresos locales legislen lo conducente a fin de que se establezca en todo el país un orden normativo que obligue a que garantías y derechos constitucionales se hagan efectivos también a niñas, niños y adolescentes, de conformidad con los principios jurídicos dispuestos en la CDN.

b) Se dé la acción concertada, interinstitucional e interdisciplinaria de los tres ámbitos de gobierno, que se requiere para garantizar el ejercicio de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, mediante el diseño y la puesta en marcha de políticas públicas protectoras de esos derechos en todo el país.

Esta iniciativa, es una propuesta de ley para la protección, no de las niñas, los niños, las y los adolescentes, sino de sus derechos, con lo que se pretendió cambiar la convicción contraria a los derechos humanos y al principio de dignidad de las personas de que la protección de los niños justifica los medios y el carácter violatorio de derechos que tales medios tengan.

Al proteger derechos, antes que personas, se dejó atrás el modelo según el cual niñas, niños y adolescentes son apenas objetos de la voluntad de quién ejerza sobre ellos autoridad -el padre, el maestro, un policía-, y se inició el proceso para revertir un sistema inhumano que ha permitido, con demasiada frecuencia, la violación institucionalizada y legalizada de derechos tales como el derecho a vivir en familia y el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias, o de libertades como las de tránsito y de expresión, o de las garantías procesales.

También cumplió la iniciativa otro requisito indispensable de eficacia de una ley de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, cuando establece un objetivo preciso de esa protección: asegurar a todas las personas que no han cumplido 18 años la oportunidad de desarrollarse en todo sentido y con plenitud. Con ello se está reconociendo que la niñez es una etapa de la vida humana crucial para ese desarrollo, y se está dando a éste, la categoría de bien jurídico; un bien que debe sernos a todos muypreciado porque representa el porvenir colectivo.

La iniciativa atendió a una percepción social de la norma jurídica de conformidad con la cual, para que una ley efectivamente promueva un cambio radical en el ejercicio que niñas, niños y adolescentes hagan de sus derechos humanos, debe proteger ese ejercicio tomando en cuenta las especificidades y circunstancias de tales niñas, niños y adolescentes. Así, cuando esas especificidades han estado siendo mal atendidas y los han puesto a niñas, niños y adolescentes en situación de desigualdad real, o bien sometidos al abuso de poder, en la ley se les da el tratamiento adecuado para que en adelante no sean razón de tal desigualdad ni de tal abuso.

Finalmente, en la iniciativa se cumplió un requisito de efectividad al atenderse a la idea de que la protección de niñas, niños y adolescentes debe preverse tanto en el ámbito público como en el privado.

5.2. Estructura de la ley.

La Ley que se comenta presenta la siguiente estructura formal:

TITULO PRIMERO.-

Disposiciones Generales

Capítulo Segundo

Obligaciones de ascendientes, tutores y custodios

TITULO SEGUNDO

De los Derechos de Niñas, Niños, y Adolescentes

Capítulo Primero.- Del Derecho de Prioridad

Capítulo Segundo.- Del Derecho a la Vida

Capítulo Tercero.- Del Derecho a la no Discriminación

Capítulo cuarto.- De los Derechos a Vivir en Condiciones de Bienestar y a un Sano Desarrollo Psicofísico

Capítulo Quinto.- Del Derecho a ser Protegido en su integridad, en su libertad, y contra el maltrato y el abuso sexual

Capítulo Sexto.- Del Derecho a la Identidad

Capítulo Séptimo.- Del Derecho a Vivir en Familia

Capítulo Octavo.- Del Derecho a la Salud

Capítulo Noveno.- Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con Discapacidad

Capítulo Décimo.- Del Derecho a la Educación

Capítulo Undécimo.- De los Derechos al Descanso y al Juego

Capítulo Décimo Segundo .- De la Libertad de Pensamiento y del Derecho a una Cultura Propia

Capítulo Décimo Tercero.- Del Derecho a Participar

Título Tercero

Capítulo Primero.- Sobre los Medios de Comunicación Masiva

Título Cuarto

Capítulo Único.- Del Derecho a la Protección de Injerencias Arbitrarias

Título Quinto

Capítulo Único.- De la procuración de la Defensa y Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

En el primer título se establecen los principios que han de regir la aplicación de la ley.

En primer lugar se plantea el principio del interés superior de la infancia. Dicho principio, tal como está dispuesto en la CDN, implica que las políticas, las acciones y la toma de decisiones relacionadas con este periodo de la vida tienen que darse de tal manera que, en primer término, y antes de cualquier consideración, se busque el beneficio directo del infante y el adolescente a quién van dirigidas; la CDN señala expresamente que las instituciones de bienestar social, tanto las públicas como las privadas, así como los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, deberán responder, viéndolo como prioritario, a ese interés.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un papel jurídico definido que, se debe proyectar más allá del ordenamiento jurídico a las políticas públicas y consolidar el

desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. De este modo, quién pretenda fundamentar una decisión o medida en el interés superior del niño, deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

De conformidad con lo antes dicho, el principio del interés superior de la infancia es tratado como una limitante del ejercicio abusivo de cualquiera de los derechos de los adultos, y va acompañado del principio de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. Cabe decir, respecto de dicha tutela, que no existe en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ninguna disposición, salvo en el caso de la ciudadanía y las prerrogativas que conlleva y en el del derecho protector del trabajo adolescente, que limite o niegue a los menores de 18 años alguna de las garantías o algunos de los derechos que consagra. Con una ley como la aquí propuesta, se estaría rompiendo una forma ilegal, injusta y abusiva de interpretar nuestra Carta Magna, según la cual se ha venido excluyendo a quienes probablemente más necesiten de él por las circunstancias reales de desprotección en las que viven: niñas, niños y adolescentes.

Con base en el principio del interés superior de la infancia se desarrolla en la iniciativa todo un sistema que reconoce igual valor a los derechos de quienes cursan la infancia y la adolescencia que a los de los adultos.

De esta manera, en la iniciativa se sientan bases para que las normas locales den un tratamiento realmente protector de niñas, niños y adolescentes a fenómenos como el de la violencia familiar, el del abandono de las obligaciones familiares y el del desapego en la crianza de hijas e hijos, o a tipos penales como el abuso sexual, el estupro y privación ilegal de la libertad para ese fin.

Otro principio, el de igualdad, establecer que toda niña, todo niño, toda y todo adolescente deben gozar de los derechos consagrados en la ley, sin distinción que atienda a raza, color, sexo, idioma o lengua religión, opinión política o de otra índole; origen étnico, nacional o social; posición económica, discapacidad física, circunstancias de nacimiento o cualquier otra condición del infante, adolescente o de sus progenitores, familiares o representantes legales.

Este compromiso se adoptó de especial manera respecto de las niñas y las adolescentes en la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, (Conferencia de Pekín) en donde participó México y en donde se aceptó que ellas suelen ser discriminadas o descuidadas en varias esferas, especialmente en las de educación, salud y nutrición y se incluyó, como el primero de los objetivos estratégicos, al de eliminar todas las formas de discriminación que haya en su contra. Dos objetivos más se refieren a erradicarla en esas esferas antes mencionadas y en el de la formación profesional y en todos ellos se destaca que una necesaria forma de evitar los abusos, la violencia y el trato discriminatorio, es la de dar a la niña elementos de autovaloración; se subraya, además, la importancia de que, para alcanzar esos objetivos, ha de desarrollarse, entre los miembros de las familias de que niños, niñas y adolescentes, la conciencia de que unos y otras deben ser tratados en forma igualitaria.

Se pensó, al redactar el principio de igualdad, en quienes estén en situación de abandono o en estado de peligro por razones de violencia en cualquiera de sus formas; quienes sufren alguna adicción, están afectados de alguna deficiencia física, emocional o mental o requieren tratamiento especial; quienes trabajan; quienes sufren consecuencias del tráfico de personas y la explotación; quienes están embarazadas o son madres

solteras; quienes son víctimas de desastres naturales o daños a la ecología; quienes son hijas e hijos de padres o madres encarcelados que no tienen una protección familiar; quienes están gran parte del día en calle o viven en ella; quienes son migrantes.

Se prefirió no establecer un listado de estos diversos grupos y, en cambio, protegerlos con el artículo respectivo, por dos razones: una es la de la imposibilidad de hacer una lista tan exhaustiva como los casos en que puedan darse estas circunstancias especialmente difíciles, y la otra, de mayor peso, es la del peligro que hay de que se estigmatice a quienes se encuentren en alguna de estas circunstancias y de que se les trate, so pretexto de las diferencias y la vulnerabilidad, de manera que se les impida el ejercicio pleno de sus derechos o como si fueran menos personas que las demás personas, y se tuviera esta Ley como base de tal abuso.

Otros principios más son el de la familia como espacio primordial para el desarrollo de niñas, niños y adolescentes; el de corresponsabilidad de familia, Estado y sociedad en la protección de sus derechos; el de que adolescencia y niñez tienen diversas etapas a ser tomadas en cuenta para darles a quienes las cursan tratamientos diferenciados; el del derecho a una vida libre de violencia; y el del respeto a la diversidad cultural.

Los derechos humanos son inherentes por igual a todas las personas; sin embargo, hay casos en que, por razón de sus circunstancias y sus características, ciertas personas pertenecientes a un grupo determinado que no ejercen en condiciones de igualdad esos derechos y viven en un estado de desigualdad real. Es a propósito de esos casos que se reivindican los derechos humanos como derechos de las personas pertenecientes a un grupo determinado en este caso el de niñas, niños y adolescentes y que han

de tomarse las medidas necesarias para que los ejerzan. La CDN no es una mera reafirmación de los derechos del niño como persona, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia y un conjunto de principios que regulan el ejercicio mutuo de los derechos de infantes y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos.

De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, el Derecho de Prioridad atiende a la convicción de que, el interés obliga a que sean considerados prioritarios en materia de planeación y ejecución de políticas y programas, en la prestación de servicios, en el diseño presupuestal y en la toma de decisiones tanto administrativas como judiciales.

Los Derechos a Vivir en Condiciones de Bienestar y a un Sano Desarrollo Psicofísico se entienden como derechos que deben ejercerse juntos, de tal manera que cada niño que nazca tenga asegurado un crecimiento sano y armonioso, tanto físico, como mental, espiritual, moral y social, gracias a que se le provea de lo necesario para ello.

Corresponde a los progenitores y a todas las otras personas encargadas de niñas y niños, proporcionarles, en la medida de sus posibilidades y recursos económicos, las condiciones de existencia que les sean necesarias para alcanzar ese desarrollo; al Estado toca auxiliarlos a fin de que los derechos a la vida y a un nivel de vida adecuado sean una realidad, mediante políticas públicas y programas asistenciales que garanticen para todas y todos, nutrición, vestuario y vivienda.

El derecho a ser protegido en su integridad, en su libertad, contra el maltrato y el abuso sexual, reconoce que la infancia es la etapa de la vida en la que una persona corre el mayor peligro de ser objeto de maltrato por

acción o por omisión, debido a abusos, explotación y corrupción. Es su falta de madurez, tanto física como intelectual, la que coloca a niñas, niños y adolescentes en tal posición de riesgo que es necesario protegerlos en todos los ámbitos de su vida.

Por ello, no es sólo la familia la que debe tomar medidas para cuidarlos; la sociedad entera debe comprometerse a hacerlo; este es el punto medular de toda la teoría de los derechos humanos de la infancia.

Los Estados parte se comprometieron a tomar todas las medidas necesarias para proteger de ellos a niñas, niños y adolescentes aun cuando se encuentren bajo la custodia de su padre, su madre, ascendientes, tutores o representantes legales, de los malos tratos, los abusos, los tratos negligentes, físicos y mentales y la explotación.

En cuanto a la explotación y el abuso sexuales, en la CDN se establece el compromiso de los Estados signantes de impedir que niñas, niños y adolescentes sean incitados o coaccionados para que se dediquen a actividades sexuales, y que se dé la explotación de la infancia en la prostitución y en espectáculos o en materiales pornográficos.

Se hace hincapié en que se debe proporcionar a la infancia protección legislativa, administrativa y educativa contra el uso ilícito de drogas y estupefacientes y contra la práctica de utilizar a menores en el tráfico de esas sustancias.

La Plataforma de Acción acordada en la Conferencia de Pekín contiene tres objetivos específicos que tienden a garantizar el ejercicio de este conjunto de derechos: el de eliminar la explotación económica del trabajo

infantil, el de proteger a las niñas que trabajan y el de erradicar la violencia contra la niñez.

El Derecho a la Identidad, tal como está dispuesto en la CDN, está conformado por los derechos a adquirir un nombre desde el nacimiento y a conservarlo, a tener una nacionalidad y a conocer los propios orígenes.

Este derecho y el principio de paternidad responsable, son tratados en la iniciativa como fundamentos de un deber que tienen padre y madre por igual de registrar o reconocer a sus hijos, independientemente de las circunstancias de su nacimiento.

El derecho al conocimiento de los propios orígenes y a saber sobre el paradero de la familia a la que se pertenece, está vinculado con los derechos a la identidad y a la vida en familia. En la CDN se establece que la obligación de informar sobre el paradero de los familiares corresponde al Estado cuando éste haya sido quien tomó una medida -como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte- que haya originado la separación, o cuando el fallecimiento se haya dado mientras el familiar estaba bajo su custodia.

El Derecho a Vivir en Familia, tal como lo reconoce la CDN, comprende los de vivir en la familia de origen; reunirse con ella cuando, por diferentes razones, ha habido una separación; vincularse con ambos progenitores en casos de conflictos entre éstos, e integrarse a una nueva familia cuando es imposible la vida con la de origen. Cabe decir que todos estos son derechos íntimamente relacionados con el derecho a la identidad a cuyo contenido y significado se hizo referencia, pues los componentes que integran a ésta derivan, en gran medida, de los antecedentes familiares.

Son varios los artículos de la CDN que definen estos derechos. El 9 establece la obligación de los Estados firmantes de velar porque niñas, niños y adolescentes sólo sean separados de sus progenitores mediante sentencia judicial que declare, válida y legítimamente, la necesidad de hacerlo y de conformidad con los procedimientos legales en los que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas. En este mismo numeral se reconoce el derecho a mantener el contacto y la convivencia con el progenitor de quien se esté separado.

Asimismo la CDN, en los artículos 20 y 21, se ocupa de los casos en que exista desamparo familiar. En el 20 se reconoce que quienes se encuentran alejados de su núcleo familiar tienen derecho a recibir protección y asistencia especial del Estado y se acepta a la adopción como forma de colocación de niñas, niños y adolescentes en hogares o instituciones de guarda adecuadas para esa protección.

El artículo 21 - que prevé también la adopción internacional- señala que siempre se tiene que tomar en consideración, al decidirla, el interés superior de la infancia.

En la Conferencia de Pekín, la discusión y los acuerdos relativos al tema de las relaciones familiares de niñas, niños y adolescentes tuvieron dos fines específicos: el de hacer conscientes a los progenitores de sus deberes y el de apoyar la labor de crianza que realizan. Se pone énfasis en la responsabilidad que tienen los progenitores respecto de la educación, la atención y la crianza de las hijas e hijos.

Finalmente, se dice en la CDN que a los infantes que intentan obtener el estatuto de refugiados se les deberá proporcionar la asistencia necesaria

para que logren integrarse a su núcleo familiar. Si esto no fuere posible, se les procurará la misma protección que se otorgue a cualesquiera otros infantes privados temporalmente de su familia.

La protección de este derecho incluye las normas necesarias para impedir que la pobreza sea tomada como motivo suficiente para separar a niñas, niños y adolescentes de sus familias ni para la pérdida de la patria potestad. Con ello se combate la criminalización de la pobreza, que se da frecuentemente cuando se les separa de sus padres -aunque con mayor frecuencia de sus madres que son solteras- en razón de que se hace una lectura equivocada de las dificultades que están teniendo para atender a sus hijas e hijos. Tal separación no solamente va contra el derecho a vivir en familia que solamente puede ser contrariado en razón de preservar a una niña, un niño, a una o un adolescente de la violencia, sino también contra el derecho de padres y madres, por más pobres que sean, de conservar consigo a sus hijas e hijos, siempre y cuando no peligre la vida de aquellos.

Se entiende que criminalizar la pobreza es tratarla como una característica criminal que merece un castigo, cuando en realidad constituye una circunstancia violatoria de derechos fundamentales, de tal manera que, al hacerse tal criminalización, se hace también una doble violación de estos derechos.

Por todo esto, en la iniciativa se reconoce que este derecho exige del Estado que vele porque toda separación se haga mediante la intervención de un juez y de conformidad con procedimientos en los que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, incluidos las niñas, los niños, y adolescentes.

En cuanto al Derecho a la Salud cabe decir que la salud ha sido definida por la OMS como un estado general de bienestar físico, mental y social -y no como una mera ausencia de enfermedades o dolencias-, la tutela del derecho a la salud, también cuando éste es ejercido por quienes cursan la niñez, incluye la prevención, la atención, el tratamiento y la rehabilitación.

A partir de esta concepción de la salud, los Estados parte en la CDN se comprometieron a adoptar medidas eficaces para reducir la mortalidad infantil; asegurar la asistencia médica y la sanitaria, especialmente en materia de atención primaria; combatir las enfermedades mediante el suministro de alimentos adecuados y agua potable, y contrarrestando los riesgos de contaminación del medio ambiente; ofrecer atención pre y posnatal a las madres; asegurar que la población conozca las normas de nutrición e higiene, así como las ventajas de la lactancia materna y del saneamiento ambiental; desarrollar la atención sanitaria preventiva, tanto como la orientación y la educación en materia de planificación familiar, y abolir prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de la infancia.

En la Conferencia de Pekín, se subrayó que la discriminación de las niñas en los servicios de sanidad y en materia de nutrición pone en peligro su salud física presente y futura. También se hizo ver que la maternidad a edades tempranas implica un grave riesgo para la madre y su descendencia y se hizo notar enfáticamente el efecto devastador que la violencia sexual y las enfermedades sexuales -incluido el VIH/SIDA- tienen en el grupo conformado por la infancia.

Frente a ese panorama uno de los objetivos estratégicos fue, precisamente, el de eliminar la discriminación contra las niñas en los ámbitos de salud y nutrición y las medidas tendientes a lograrlo comprometen a todos

los sectores idóneos: familia, escuela y otras instituciones públicas y privadas.

Por otra parte, los Estados se comprometieron a atender a los infantes impedidos en el marco amplio de una vida digna y plena a facilitarles su integración a la sociedad y reconociendo la obligación de dar cuidados especiales gratuitos a la infancia incapacitada, asegurándole la educación, la capacitación, los servicios de salud y rehabilitación que requiera así como apoyo cultural y espiritual.

El derecho a la educación deberá, en los términos de la CDN, preparar a la niña y al niño para que asuman una vida responsable en una sociedad libre; tengan espíritu de comprensión, paz y tolerancia; se orienten por los principios de igualdad de las personas y de amistad entre todos los pueblos, los grupos étnicos, nacionales y religiosos, las personas de origen indígena y respeten el medio ambiente natural.

En la iniciativa se prevén mecanismos de participación democrática en todas las actividades escolares, entendidas éstas como parte de la preparación para la ciudadanía, y se prohíbe la imposición de medidas de disciplina que no estén previamente establecidas o que sean contrarias a la dignidad de las personas, a la salud física y mental, a la vida y a la integridad, ya que es frecuente que en los centros educativos mexicanos exista anarquía en materia disciplinaria y se den muchos abusos.

Como parte del derecho de la infancia a un desarrollo integral - que es complementario, tanto del derecho a la educación, como del derecho a la salud-, en la CDN se reconocen los derechos de niñas, niños y adolescentes al Derecho al Descanso y al Juego, al esparcimiento y a las actividades

recreativas propias de su edad, así como a la libre participación en la cultura y en las artes.

En la iniciativa estos derechos son respetados como factores primordiales del desarrollo y del crecimiento y, por ende, como una de las razones de la prohibición del trabajo para las niñas y los niños y del régimen protector ya establecido en la ley laboral para las y los adolescentes de 14 años o más.

Con esto se toma partido contrario a una propuesta que ahora existe en México en el sentido de que es más conveniente reconocer que muchas niñas y muchos niños, en violación de la norma laboral se ven obligados hoy en día a trabajar en razón de la pobreza de sus familias, y se legisle a fin de establecer las reglas conforme a las cuales ha de darse ese trabajo para que no constituya explotación. Al redactar esta iniciativa se atendió a la convicción de que el trabajo infantil, per sé, es constitutivo de explotación y violatorio de diversos principios fundamentales de derecho, ya que, aun en las mejores condiciones, ese trabajo impide que niñas y niños ocupen todo su tiempo en actividades de crecimiento y les afecta la salud; por ende, el trabajo debe seguirse normando, respecto de niñas, niños y adolescentes, como hasta ahora lo hacen la Constitución y la Ley Federal del Trabajo y deben tomarse las medidas necesarias para que tales normas se cumplan.

Respecto de la Libertad de Pensamiento y del Derecho a una Cultura Propia se puede decir que están reconocidas a niñas, niños y adolescentes los derechos que asisten a todo ser humano y están íntimamente vinculadas a las libertades de expresión y de opinión y al derecho a ser informado.

Además la CDN prevé que en los Estados en que existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, o personas de origen indígena, deberán respetarse los derechos que infantes y adolescentes tienen, junto con los demás miembros de su grupo, a su vida cultural, a profesar y practicar su religión y a emplear su idioma o lengua.

El Derecho a Participar consiste entre otras en la libertad de opinión, entendida ésta como el derecho de toda niña y todo niño y adolescente a manifestar su parecer en los asuntos que los afecten y a que dicho parecer sea tomado en cuenta.

Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a recibir toda la información que requieran en su crecimiento y para protegerse de peligros, sea ésta transmitida por medios masivos o por medios formales de educación y capacitación.

En el artículo 17 de la CDN los Estados parte reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación, y afirman que velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial a la información y al material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral, y su salud física y mental.

Atendiendo a lo anterior, el derecho a la información se hace ejercible en la iniciativa mediante la obligación del Estado de establecer políticas que lleven a que niñas, niños y adolescentes estén informados de todo aquello que les pueda ayudar en su desarrollo y a que se protejan a sí mismos de peligros que puedan afectar dicho desarrollo, su salud o su vida.

Bajo el rubro del Derecho a la Protección de Injerencias Arbitrarias, están comprendidos los derechos a la intimidad, al honor y a la legalidad. En la CDN se establece claramente el compromiso de proteger a la infancia y a la adolescencia de todo tipo de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia y de ataques a su honra y a su reputación.

En cuanto al concepto de legalidad en el contexto del enfrentamiento de una o un adolescente a procesos de tipo penal, los Estados parte se comprometieron a velar porque no sean sometidos a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y que la pena capital o la encarcelación perpetua no podrán ser impuestas a menores de 18 años.

a. También se dispone que la imposición de una pena privativa de libertad a un menor de 18 años debe verse como último recurso, debe tener todas las garantías y normas legales vigentes, y debe durar el periodo más breve que sea posible. En todo caso, se agrega, quienes se encuentren en una situación de esa índole tendrán que ser tratados con humanidad y con el respeto que merece la dignidad inherente a su persona y no podrán ser recluidos con personas adultas; y derecho a mantener contacto con su familia, así como a una asistencia jurídica que les permita impugnar los actos de autoridad que los llevaron a ser privados de su libertad. Los Estados, por lo demás, están obligados a otorgarles un trato acorde con el fomento del sentido de su dignidad y su valía, de tal manera que se fortalezca en ellos el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros. Este trato deberá tener en cuenta la edad de la o del joven y la importancia que tiene promover su reintegración a la sociedad a fin de que asuma en ella una función constructiva.

Se deberán aplicar diversas medidas de tratamiento, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a las de privación de libertad, para asegurar que sean tratados de manera apropiada para procurar su bienestar y que guarde proporción, tanto con sus circunstancias, como con la infracción.

El derecho a la protección de injerencias arbitrarias, tal como queda dispuesto en la Convención, no es sino el derecho al respeto de las garantías constitucionales en México.

Con el reconocimiento del derecho a la protección contra injerencias arbitrarias se deja claro, en la iniciativa, que las limitaciones que pone la Constitución a los gobernantes respecto de las vidas y las personas de los gobernados, también deben ser respetadas cuando se ejerzan acciones de cualquier índole respecto de niñas, niños y adolescentes.

Como es evidente, en la iniciativa este derecho está desarrollado con más detalle que los otros. Aparentemente así se rompe la estructura de una ley federal distribuidora de competencias que a penas enuncia las bases generales de un orden jurídico necesario para la tutela de los derechos de niñas, niños y adolescentes; sin embargo, no hay tal ruptura, ya que no se invaden competencias. La razón de la mayor concreción del capítulo dedicado al derecho a la protección de injerencias arbitrarias es doble: se trata de una iniciativa de ley reglamentaria de la Carta Magna y, por tanto, dado que en tal Carta las garantías de legalidad y procesales son aseguradas de manera muy precisa, tal ley reglamentaria debe desarrollar dichas garantías con el detalle necesario para que la obligación constitucional de su

respeto sea cumplida; y en esto último estriba la segunda razón: si todo el orden jurídico mexicano ha venido atendiendo a la idea de que niñas, niños y adolescentes no tienen garantías, es el momento de dejar claro en una ley reglamentaria que sí las tienen.

Particularmente quienes ahora son llamados menores infractores, que en la iniciativa se denominan adolescentes en conflicto con la ley penal, de conformidad con el discurso de UNICEF, requieren urgentemente que se les respeten esas garantías, ya que se les ha tratado como si no formaran parte de aquellos a quienes la Constitución se las reconoce. De ahí que se precise en la ley cuáles son éstas, y se establezcan las líneas generales conforme a las cuales han de diseñarse, en cada entidad federativa los sistemas normativos que atiendan a ellas como lo exige la CDN.

Particularmente cabe decir que se optó por considerar que niñas y niños, es decir, quienes no tienen 12 años cumplidos, no son siquiera responsables de infracciones penales, debido a que su edad mental y emocional no les permite tener conciencia de tal responsabilidad, por lo que lo que requieren, más bien, es ser protegidos para reparar el daño que probablemente les ha causado la violencia, el abandono o cualquier otra violación grave de sus derechos sin lo cual seguramente no hubieran incurrido en infracción.

En cambio se optó por considerar que quienes tienen los 12 años pero menos de 18, sí pueden ser considerados casuísticamente imputables y responsables de sus actos, aunque no deben ser vistos como imputables. A este respecto, Emilio García Méndez, dice: "La responsabilidad penal significa que a los adolescentes (de 12 a 18 años incompletos) se les atribuyen, en forma diferenciada respecto de los adultos, las consecuencias

de sus hechos que, siendo típicos, antijurídicos y culpables, significan la realización de algo denominado crimen, falta o contravención. Siendo las leyes penales el punto de referencia común para adultos y menores de 18 años, el concepto de responsabilidad difiere sustancialmente respecto del de imputabilidad en tres puntos fundamentales: a) los mecanismos procesales; b) el monto de las penas (adultos) difiere del monto de las medidas socioeducativas (adolescentes) y c) el lugar físico del cumplimiento de la medida”.

Como es evidente, al redactarse la iniciativa se atendió a la convicción fácilmente sustentable, de que bajar la edad para que también los niños sean responsables, así como, -y es a este respecto que la polémica es más fuerte en el país- bajar aquella en la que los adolescentes sean imputables y, por tanto, juzgados como adultos, no constituyen medidas que se hayan revelado eficaces para acabar con la delincuencia. A este respecto también cabe citar a García Méndez, quien dice: "se argumenta generalmente que la criminalidad adulta reclutaría jóvenes de 16 y 17 años para actividades criminales justamente por su carácter de inimputables. Esta posición parte de un presupuesto objetiva y parcialmente legitimado por el funcionamiento real de los sistemas de justicia juveniles en el contexto de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular. Entregando las leyes de menores, basadas en esta última doctrina, un poder discrecional tutelar, la práctica demuestra que el funcionamiento real del sistema oscila entre formas extremas de impunidad y arbitrariedad represiva, con la paradoja de que la mayoría de las veces estos excesos y desviaciones se producen en estricto cumplimiento de la ley. Estableciendo en general las leyes de menores que el Consejo podrá tomar la medida que crea más conveniente?, no resulta infrecuente la verificación en la realidad de? [casos en que, por ejemplo,] violaciones

gravísimas a las normas penales (homicidios, estupro, robos a mano armada, etc.), cuando son cometidos por adolescentes pertenecientes a sectores de clase media y alta, pueden no provocar ninguna consecuencia negativa para sus autores, justamente por el hecho de poseer un entorno familiar, concurrir a instituciones educativas, etc. Por el contrario, suele suceder que niños y jóvenes pertenecientes a los estratos más bajos de la sociedad sean internados (conviene no olvidar que esta última palabra constituye un eufemismo para designar a la privación de libertad) por la supuesta comisión (las más de las veces no debidamente comprobada) de infracciones banales o incluso muchas veces como mera medida de protección."

Es innegable que, más que aplicar a los muy jóvenes las sanciones que están previstas para los adultos, para bajar la llamada delincuencia juvenil se requiere que se obligue a éstos a atender a sus hijos y familiares menores de 18 años, a respetar sus derechos, a protegerlos de peligros y de la violencia; deben también sancionarse, como se propone en el anteproyecto, con mucha severidad, los actos contrarios a esas obligaciones.

Por lo demás el capítulo dedicado a este derecho, como podrá observarse, no hace sino desarrollar, como ya se dijo antes, las garantías y los derechos procesales constitucionales. También se atendió al redactarlo, a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad y a las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad).

Cabe decir que el derecho a la protección contra injerencias arbitrarias también es tratado en la iniciativa como límite a toda persona que se relacione con niñas, niños y adolescentes a quienes se deben respetar la individualidad, el pudor y la intimidad en todos los ámbitos de su vida.

Finalmente, en el Título Quinto se establece un marco jurídico de concurrencia competencial entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, para garantizar la eficacia y el cumplimiento de los postulados de la Ley, creando el fundamento para establecer, en todo el país, instituciones especializadas encargadas de la procuración, defensa y protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como de la vigilancia y observancia de las garantías constitucionales que salvaguardan esos derechos y que son definidos en la nueva Ley.

Especial Relevancia reviste la facultad de representación legal de que tendrán éstas instituciones públicas de las Niñas, Niños y Adolescentes, cuando éstos se encuentren en situaciones de vulnerabilidad, peligro, daño o conflicto; realidad que no se había concretizado en nuestro país en una Ley como la que se propone. Este avance hará posible el inicio de nuevos mecanismos administrativos de defensa y representación legítima de niños y adolescentes, que termine gradualmente con la identificación e indefensión de sus derechos fundamentales.

La celebración de convenios de coordinación entre los diferentes niveles gubernamentales de la Federación, es una tarea que se antoja necesaria para el logro de los propósitos que se enumeran en la iniciativa, así como que cada Entidad Federal y Local puedan contar con órganos consultivos, de apoyo y evaluación, para propiciar el esfuerzo de los sectores públicos y privados en esta gran tarea a favor de la infancia y adolescencia mexicanas.

5.3. Mecanismos de protección de los derechos de las niñas y los niños contenidos en la ley.

La ley que se comenta regula los mecanismos de protección de los derechos de las niñas y los niños, de la siguiente forma:

En primer lugar, señala que para una mejor defensa y protección de los derechos de niñas, niños, las instituciones que la Federación, el Distrito Federal, los estados y municipios establezcan, en el ámbito de sus respectivas competencias, contarán con el personal capacitado y serán instancias especializadas para la efectiva procuración del respeto de tales derechos.

Lo anterior hace suponer el establecimiento de instituciones adicionales a las ya existentes o a transferencia a las vigentes de las funciones que les permitan la efectiva procuración del respeto de los derechos de las niñas y los niños.

En segundo lugar, las instituciones señaladas en los párrafos anteriores, tendrán las finalidades siguientes:

A. Vigilar la observancia de las garantías constitucionales que salvaguardan los derechos de niñas, niños y adolescentes, las disposiciones contenidas en los tratados internacionales suscritos por nuestro país en los términos del artículo 133 Constitucional y las previstas en la legislación aplicable.

B. Representar legalmente los intereses de niñas, niños y adolescentes ante las autoridades judiciales o administrativas, sin contravenir las disposiciones legales aplicables.

C. Conciliar en casos de conflicto en el núcleo familiar cuando se vulneren los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes.

D. Denunciar ante el Ministerio Público todos aquéllos hechos que se presuman constitutivos de delito, coadyuvando en la averiguación previa.

E. Promover la participación de los sectores público, social y privado en la planificación y ejecución de acciones en favor de la atención, defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

F. Asesorar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado en lo relativo a la protección de sus derechos.

G. Realizar, promover y difundir estudios e investigaciones para fortalecer las acciones en favor de la atención, defensa y protección de sus derechos y hacerlos llegar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado para su incorporación en los programas respectivos.

H. Definir e instrumentar políticas que garanticen la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

I. Las demás que le confieran expresamente las disposiciones legales aplicables.

En tercer lugar, el Gobierno Federal promoverá la celebración de convenios de coordinación con los gobiernos del Distrito Federal, estados y municipios, a efecto de realizar acciones conjuntas para la procuración, protección y defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En cuarto lugar, las instituciones podrán contar con órganos consultivos, de apoyo, evaluación y coordinación en el ejercicio de sus funciones, en los que participarán las autoridades competentes y representantes del sector social y privado reconocidos por sus actividades en favor de los derechos de la infancia y adolescencia.

5.4. Propuesta legislativa.

El móvil más poderoso que impulsa al niño a trabajar desde temprana edad y para ingresar en la vida activa, es la necesidad de aliviar en lo posible la miseria en que vive su familia y contribuir así a satisfacer sus necesidades esenciales. La más modesta remuneración, en dinero o en especie, será apreciada. Sin embargo, es sabido que en muchos casos, el propio jefe de familia es quien se encarga de hacer trabajar a sus hijos. A pesar de estos motivos, se debe subrayar que, la causa fundamental de todo trabajo infantil es evidentemente la miseria.

Las tareas que realizan los niños, se traducen en un aporte económico apreciable, siempre con relación a los bajos ingresos familiares, por su parte la insuficiencia de la seguridad social impone también al niño que trabaja el papel de sostén de sus padres ancianos, enfermos o desempleados. Los niños que trabajan entregan la totalidad de sus ganancias a los padres o familiares con que viven. Para una familia necesitada lo más urgente es ganar con qué sobrevivir, y las demás necesidades, no estrictamente vitales, sólo se satisfacen si es posible.

Otra razón de la ocupación de los niños es la situación en el hogar: puede haber tensiones e incertidumbre, engendradas o aumentadas por la miseria, el padre puede haber abandonado la casa: es posible que la madre

sea soltera; el padre o la madre o ambos pueden estar enfermos, ser inválidos o haber fallecido.

Por otra parte, también está el deber moral, inculcado por el ambiente de trabajar desde temprana edad por solidaridad con el grupo familiar, para compensar la carga económica que él mismo representa y ayudar a mantener al resto de su familia, generalmente muy numerosa.

En la medida que se ha ido tornando consciencia de la nocividad del trabajo infantil y de la necesidad de instaurar la escolaridad obligatoria y brindar a los niños los esparcimientos necesarios, se han adoptado medidas legislativas y de orden práctico. Es sabido que los niños que ingresan en la fuerza de trabajo van a realizar una tarea que podría ser efectuada por un adulto, al mismo tiempo que el niño acepta trabajar por una remuneración mucho menor que la que debería recibir un adulto.

Se puede decir que estamos en presencia de un círculo vicioso: por una parte, el trabajo de los niños aumenta el desempleo y comprime los ingresos de los adultos, pero, por otra, el desempleo y los bajos ingresos de esos mismos adultos los obliga a hacer ingresar a sus hijos en el mercado de trabajo para mejorar los ingresos familiares.

Los niños que deben trabajar no tienen posibilidades de instruirse y calificarse para poder salir de su pobreza, de modo que la extrema indigencia los hace buscar un medio inmediato de subsistencia, y la falta de calificaciones, a su vez, los mantiene en la pobreza. En estas condiciones, las familias seguirán necesitando mandar ilegalmente a sus hijos al trabajo y los empleadores seguirán prefiriendo contratarlos clandestinamente.

En la mayor parte de los países desarrollados la explotación del trabajo infantil pertenece al pasado, gracias a la evolución económica, moral y legal. Ello no significa que, a pesar de su carácter ilegal, el trabajo de los niños haya desaparecido completamente del escenario laboral. Mientras que el trabajo infantil es algo que ha quedado arraigado en las tradiciones y actitudes de algunos países pobres como un vestigio del pasado, como una resistencia al cambio.

La ilustración más patente es la confianza que sienten los habitantes de las regiones menos desarrolladas en las ventajas económicas de tener muchos hijos para que aporten sus brazos a la actividad familiar. La culpa de que los niños tengan que trabajar no la tiene la familia, que está encerrada en un número muy reducido de posibilidades de acción, sino la sociedad en su conjunto.

Casi en todos los países el trabajo infantil está legalmente prohibido, condiciones de extrema pobreza y abandono obligan a los niños a realizar distintos tipos de actividades para poder subsistir. En los países pobres, la proporción de niños de menos de 15 años con respecto a la población total, es de 40 a 50 por ciento, es evidente que se plantean tremendos problemas sociolaborales, pues no es fácil planificar su mantenimiento, su empleo y sus ingresos.

En los países menos desarrollados todavía no se ha logrado hacer desaparecer en la práctica el trabajo de los niños, a pesar de que en casi todos existen legislaciones al respecto. En estos países se da por un hecho que los menores tienen que trabajar, de manera que suelen cumplir un papel productivo relativamente importante para sus respectivas familias, tanto en las ciudades como en el campo.

Cuando un niño disfruta del derecho a la educación, está protegido contra una multitud de amenazas, como la condena a una vida de pobreza, al trabajo en condiciones de esclavitud, a la servidumbre doméstica, a la explotación sexual y al reclutamiento militar durante los conflictos armados. De acuerdo con el documento "Estado Mundial de la Infancia 2001", del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

En muchos de los países pobres se considera normal continuar con la tradición familiar de no asistir a la escuela cuando se es niño y empezar a trabajar a edad temprana, independientemente del grado relativo de pobreza de su familia. En tanto que si los padres sólo pueden permitirse mandarlos a la escuela por unos años, lógicamente esos niños tendrán más dificultades para aprender que los niños de las familias más acomodadas.

Aunque la mayoría de los niños del mundo asiste a la escuela, hay más de 110 millones que no lo hacen, un 60% está constituido por niñas, que en algunas sociedades resultan víctimas de la creencia de que para ser esposas o madres no necesitan educación. El UNICEF recomienda que, todos los niños deberían recibir y completar su educación básica en ambientes limpios y seguros que les estimulen intelectualmente y les otorguen confianza y aptitudes para la vida.

Recientemente se percibe al trabajo infantil como un problema social y consiguientemente la idea de que es necesario proteger al niño, en la medida que el trabajo infantil, es la explotación del niño por empleadores ajenos a su familia.

De acuerdo con el UNICEF el trabajo infantil reviste condiciones de explotación si se dan las siguientes características:

- Trabajo a tiempo completo a una edad demasiado temprana;
- Horario laboral demasiado prolongado;
- Trabajos que producen tensiones indebidas de carácter físico, social o psicológico;
- Trabajo y vida en la calle en malas condiciones;
- Remuneración inadecuada;
- Demasiada responsabilidad;
- Trabajos que obstaculizan el acceso a la educación;
- Trabajos que socavan la dignidad y autoestima de los niños tales como la esclavitud o el trabajo servil y la explotación sexual;
- Trabajos que perjudican el pleno desarrollo social y psicológico.

Entre los aspectos del desarrollo infantil que pueden verse afectados negativamente por el trabajo se encuentran los siguientes:

- Desarrollo físico, que abarca la salud general, la coordinación, la resistencia, la visión y la audición;
- Desarrollo cognitivo, que abarca la alfabetización, el cálculo numérico y la adquisición de conocimientos necesarios para la vida ordinaria;

- Desarrollo emocional, que abarca la autoestima, la afectividad familiar, y los sentimientos de aceptación y amor;
- Desarrollo social y moral, que abarca el sentido de identidad grupal, la habilidad de cooperar con otros y la capacidad de distinguir el bien del mal.

Los niños trabajaban con su familia, aprendiendo poco a poco por observación, asociación e imitación, casi inconscientemente, sus futuros papeles de adultos, a estas actividades placenteras por oposición o por explotación con un esfuerzo que sobrepasa las posibilidades físicas y psíquicas del niño que las ejecuta, porque son pesadas, nocivas, aburridas y demasiado prolongadas, porque son causa de preocupaciones y porque excluyen la posibilidad de gozar de instrucción, esparcimiento y bienestar.

Por reducido que sea el esfuerzo físico, la duración de las tareas y el aburrimiento que supongan, y por satisfactorio que sea el medio de trabajo del niño, éste inevitablemente se interesará por la buena marcha de la empresa familiar y compartirá con los padres problemas, preocupaciones e incertidumbres que son habituales para los niños de su edad.

El trabajo que efectúan los niños es ilegal. No obstante, para los menores de 14 años la legislación no prevé la protección de sus condiciones de empleo, de modo que la mano de obra infantil queda al margen de la legislación y de sus beneficios y no tiene derecho a reclamar las prestaciones laborales que les corresponderían. En otras palabras es una mano de obra sumisa e indefensa, sin poder para negociar sus condiciones de trabajo, sin sindicato que la defienda y las más de las veces sin el amparo de un seguro

de enfermedad o accidente de origen profesional, ni de los regímenes de seguridad social.

Muchas de las conquistas sociales obtenidas por los trabajadores adultos no cuentan para los niños que trabajan, los que son explotados como si las mismas no existieran. Como los niños deben asumir papeles de adultos sin poseer la capacidad física y psíquica que requieren las tareas, el trabajo que ejecutan no suele ser tan eficaz como el de un adulto; si económicamente resulta rendidor para el empleador, es porque está remunerado a un nivel aún inferior al de su eficacia.

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha fijado la edad mínima de admisión al empleo en 15 años y recomienda su elevación gradual hasta la edad de 16, no obstante, muchas legislaciones nacionales fijan mínimos que varían entre los 12 y los 16 años. En algunos países el trabajo infantil realizado a partir de los 12 o 13 años, no es clandestino, sino perfectamente legal. Entretanto, la OIT recomienda que los países donde esa edad mínima legal sigue siendo muy baja deberían tomar enérgicas medidas de carácter práctico para ofrecer a esos niños una protección especial.

La fijación legal de una edad mínima por debajo de la cual el trabajo de los menores está prohibido tiene por objeto preservar su salud física y psíquica, así como su moralidad, al mismo tiempo que posibilitar su asistencia a la escuela. La escolaridad obligatoria es un factor que tiende a limitar el trabajo infantil, ya que no suele estar por debajo de los 14, 15 o 16 años, según el país.

En algunos países se fija una norma inferior a la general para los trabajos livianos o no industriales, para las ocupaciones peligrosas o perjudiciales, por el contrario, la edad mínima es superior a la norma general, mientras que en

muchos países el servicio doméstico suele estar excluido del ámbito de la legislación pertinente. Según la OIT en pocos países está permitido trabajar a partir de los 12 años, por lo que las legislaciones prevén ciertas salvaguardias. El cumplimiento de la legislación sobre la edad mínima de admisión al empleo es muy irregular según los países y los sectores de actividad.

Es importante destacar que en México ha habido avances legislativos recientes, como las reformas al artículo 4 constitucional, así como la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Dichas reformas se inscriben en el proceso gradual para mejorar la situación de los niños trabajadores.

En este contexto, la Ley Federal del Trabajo, establece en el artículo 173 que, el trabajo de los mayores de catorce años y menores de dieciséis queda sujeto a vigilancia y protección especiales de la Inspección del Trabajo.

No obstante, en la agricultura donde el trabajo infantil está más difundido, la inspección del trabajo es prácticamente inexistente. La insuficiencia de personal y medios materiales impide asimismo a la inspección del trabajo visitar la gran cantidad de pequeños establecimientos del sector informal, donde ninguna de las empresas ha previsto un seguro de enfermedad u otra medida de seguridad social.

Las medidas legislativas destinadas a proteger a los niños del trabajo nocivo en las fábricas, minas y otras industrias, no han incluido a la agricultura, convirtiendo así a los niños trabajadores agrícolas en los menos

protegidos de todos. Se necesitan medidas de tipo legal, social, económico y educativo para proteger a los niños contra los peligros de los trabajos nocivos, especialmente en el caso de los trabajadores agrícolas.

El artículo 176 la Ley Federal del Trabajo señala que, las labores peligrosas o insalubres, son aquellas que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas o biológicas del medio en que se presentan, o por la composición de la materia prima que se utiliza, son capaces de actuar sobre la vida, el desarrollo y la salud física y mental de los menores. No obstante, en México los niños recogen cosechas con las plantas todavía cubiertas de pesticidas o las rocían ellos mismos con productos químicos.

Familias enteras de trabajadores inmigrantes o jornaleros agrícolas, incluidos los niños, ayudan a plantar y cosechar las frutas y los vegetales. Los niños están expuestos a picaduras de serpientes e insectos venenosos y debido a que comienzan a trabajar desde muy temprano en medio de la humedad y el frío, a menudo descalzos o vestidos con ropas inadecuadas desarrollan infecciones respiratorias crónicas y neumonía. Además, las jornadas laborales para los niños en el campo son prolongadas, en general de 8 a 12 horas diarias y en lugares alejados del abastecimiento del agua corriente.

Por otra parte, están los países que no reglamentan en la agricultura el trabajo de los menores. En la agricultura hay una cantidad enorme de niños que trabajan duramente, ya sea en violación de la ley, cuando ésta existe, o de plano en ausencia de cualquier precepto legal. En las regiones aún no desarrolladas, es prácticamente imposible hacer cumplir las leyes y sus eventuales reglamentos de aplicación cuando se trata de edad mínima legal para el trabajo agrícola.

A pesar de que no se dispone de datos sobre el número de niños que trabajan en los campos de todo el mundo, un informe reciente de la OIT indica que en algunos países la tercera parte de la fuerza de trabajo agrícola está compuesta por niños. Los que recogen té, café, caña, caucho, cacao conocen el trabajo extenuante realizado con pocos medios mecánicos y en condiciones deplorables.

Un sector que ocupa importantes cantidades de niños trabajadores es el "informal", el cual no cumple ninguna de las disposiciones legales relativas a la edad mínima de admisión al empleo y a la protección de la infancia en general: las relaciones profesionales no suelen estar regidas por la legislación, sino por la tradición y la costumbre y muchos empleadores y asalariados desconocen la existencia de las respectivas leyes protectoras.

Al menos un millón de niñas al año caen en todo el mundo, mediante engaños o por la fuerza en las redes de la explotación sexual, de acuerdo con datos de organismos no gubernamentales (ONG), pero los niños varones también son explotados sexualmente.

El daño físico y psicológico infringido por la explotación sexual con fines comerciales hace que este abuso sea una de las modalidades más nocivas del trabajo infantil. Independientemente de cuán alto sea el salario o de las pocas horas de trabajo, los niños y niñas envueltos en la prostitución deben enfrentar riesgos para la salud, entre ellos las enfermedades respiratorias, el sida y las enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados y la adicción a estupefacientes.

Por su parte, la protección de los derechos de los adolescentes constituye una eficaz "inmunización" que ayuda a prevenir las enfermedades

venéreas, incluso la infección con el sida, y a reducir las tasas de deserción escolar, el consumo de drogas y los comportamientos violentos.

Los adolescentes, como todos los niños, tienen derecho a que se les escuche y a participar, en función de su edad y madurez, en las cuestiones que les afecten y en las cuales sean partes interesadas. Es preciso asegurar los derechos de los niños en todas las etapas de sus vidas, incluido el derecho a la atención en un entorno acogedor durante los primeros años, y a recibir educación e información, aprendizaje para la vida práctica y apoyo durante la adolescencia.

A fin de promover en mayor medida el progreso de la infancia, es necesario establecer las siguientes prioridades: Todos los niños tienen derecho a la salud, educación, a vivir en familia, a la no discriminación, a la tutela plena e igualitaria sin distinción de posición económica, raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, origen étnico, discapacidad suya o de sus ascendientes, así como a la protección contra la violencia, el maltrato y la explotación.

Las disposiciones legales destinadas a prohibir el trabajo infantil constituye un ideal avanzado, una meta para el futuro, así como también, pautas normativas que puedan hacerse cumplir de inmediato y con rigor.

En este contexto, se hace necesario que en la Ley para la Protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes se integren disposiciones normativas que reconozcan la protección del derecho a la salud de estos infantes, siendo necesario al efecto que:

1.- Se incluya como principio rector de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, además de los enunciados en el artículo 3 de la Ley, el relativo al goce pleno del derecho a la salud, previendo que el Estado, la sociedad y la familia son corresponsables en la adopción y aplicación de medidas tendientes a procurar los servicios de salud.

2.- En lo relativo al derecho de prioridad, regulado en el artículo 14 de la Ley, se debe integrar como prioridad la adopción de políticas públicas dirigidas a proteger el derecho a la salud, especialmente para aquellos que no cuenten con acceso a los sistemas de seguridad social.

3.- En cuanto al derecho de protección, se debe integrar una disposición normativa que les otorgue dicha protección contra los trabajos insalubres, peligros o dañinos para la salud, especialmente en el caso de los trabajadores agrícolas, de la calle y del sector informal de la economía, además de los supuestos previstos en el artículo 21 de la Ley.

4.- Finalmente, en materia de derechos de salud se debe integrar una norma que prevea la coordinación entre las autoridades federales, estatales y municipales para Proporcionar servicios de salud gratuitos a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en condiciones de desventaja social, especialmente a los trabajadores agrícolas, de la calle y del sector informal de la economía.

CONCLUSIONES

La codificación global de los derechos humanos del niño en un instrumento internacional que los contempla en forma detallada y clara, es importante para obligar a los países que lo ratifiquen, a hacerlos parte de su derecho interno el cual deberá satisfacer primordialmente los intereses del menor.

La problemática del menor se presenta de igual manera en todos los países, por lo que es necesario que la atención específica y respeto de los derechos de los niños, se realice a través de una cooperación a nivel mundial.

Las directrices constitucionales que nos rigen no están satisfaciendo íntegramente los intereses del menor y al mismo tiempo son violadas continuamente; reflejándose ello en las condiciones que presentan los menores actualmente.

Nuestra legislación se encuentra silenciosa ante los avances científicos y tecnológicos, específicamente los que giran en torno a las prácticas médicas ya incorporadas a nuestro quehacer cotidiano, atentando este silencio principalmente contra los derechos fundamentales de la niñez mexicana, por lo que es necesario crear un marco normativo a dichas prácticas en donde se incluya el bienestar y protección de los menores.

Las instituciones civiles se encuentran en algunos supuestos, omitiendo los derechos de los niños reconocidos nacional e internacionalmente; debiendo éstas jamás exentar y proteger principalmente los derechos que por

su vinculación estrecha con la persona humana, su integridad, y con los más altos valores humanos, vida, libertad y salud, adquieren una característica de prevalencia.

El derecho como fenómeno social no puede dejar de sufrir la influencia del crecimiento de las grandes urbes, ya que éste afecta a las condiciones sociales de vida e imponen la necesidad de que intervenga sin quedar ajeno a la transformación; es por ello que se debe de reformar adecuándose a la realidad evitando con ello las constantes injusticias.

El Estado ha creado organismos especiales para la defensa del menor, siendo en la actualidad ineficaces ante la demanda de protección, por lo que es conveniente promover programas interinstitucionales en los que participen personas capacitadas y que tengan como único fin la defensa de los derechos humanos del niño.

Una de las aportaciones más valiosas que se pudiera hacer en pro de la defensa al menor es difundir los derechos de los menores a todos los niveles de la sociedad creando una conciencia desde la infancia de que tienen derechos específicos que se les deben respetar y dar a conocer los organismos encargados de tutelar dichos derechos

Si se inicia la labor de darles a los niños una "vida digna" cumpliendo con el deber de satisfacer sus necesidades como lo consagra nuestra carta magna, evitando se violen sus facultades, creando conciencia en toda la población de sus problemas, otorgándoles protección especial, obligando a quienes se encargan de su guarda y cuidado aboguen y respeten sus prerrogativas; hasta ese momento se podrá decir que estamos actuando

conforme a derecho, respetando nuestra Constitución, leyes federales, tratados internacionales y atendiendo el "interés superior del niño".

En un intento por adecuar el marco jurídico interno a las disposiciones internacionales suscritas por México en materia de protección a las niñas y los niños, se aprobó la Ley para la Protección de las Niñas, los Niños y Adolescentes, de conformidad con la reforma constitucional aprobada en la misma materia.

No obstante la protección de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes que deriva del nuevo ordenamiento legal, se hace necesario insertar una protección especial en materia de salud y seguridad social a favor de los menores, por lo que se presentan propuestas de reforma a dicho cuerpo normativo.

En este contexto, se hace necesario que en la Ley para la Protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes se integren disposiciones normativas que reconozcan la protección del derecho a la salud de estos infantes, siendo necesario al efecto que:

a.- Se incluya como principio rector de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, además de los enunciados en el artículo 3 de la Ley, el relativo al goce pleno del derecho a la salud, previendo que el Estado, la sociedad y la familia son corresponsables en la adopción y aplicación de medidas tendientes a procurar los servicios de salud.

b.- En lo relativo al derecho de prioridad, regulado en el artículo 14 de la Ley, se debe integrar como prioridad la adopción de políticas públicas dirigidas a

proteger el derecho a la salud, especialmente para aquellos que no cuenten con acceso a los sistemas de seguridad social.

c.- En cuanto al derecho de protección, se debe integrar una disposición normativa que les otorgue dicha protección contra los trabajos insalubres, peligrosos o dañinos para la salud, especialmente en el caso de los trabajadores agrícolas, de la calle y del sector informal de la economía, además de los supuestos previstos en el artículo 21 de la Ley.

d.- Finalmente, en materia de derechos de salud se debe integrar una norma que prevea la coordinación entre las autoridades federales, estatales y municipales para Proporcionar servicios de salud gratuitos a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en condiciones de desventaja social, especialmente a los trabajadores agrícolas, de la calle y del sector informal de la economía.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES LEGALES.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, Porrúa, 2000.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, México, Porrúa, 2000.

Código Civil para el Distrito Federal, México, Porrúa, 2000.

Código Penal para el Distrito Federal, México, Porrúa, 2000.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 2000.

Ley de Relaciones Familiares de 1917, Secretaría de Gobernación, México, 1980

Ley Federal del Trabajo, México, Porrúa, 2000.

Autores Varios, Derecho de la Niñez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1990.

BOGGIANO, Antonio. Derecho Internacional Privado, Torno 1, Buenos Aires Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho, Tomo VIII, Buenos Aires Argentina, Heliasta, 2000.

CARBONNIER, Jean, Derecho Civil, Tomo 1, Barcelona, Bosch Casa Editorial. 1990.

CARRILLO FLORES, Antonio. La Constitución, Suprema Corte y Denechos Humanos, México, Porrúa, 2000.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el derecho, Relaciones Jurídico Paterno-Filiales, México, Porrúa, 2000.

DE CASSO Y ROMERO. Diccionario de derecho Privado, Madrid, España, Labor, España, 1990.

DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, México, Porrúa, 2000.

DE LA CUEVA, Mario. La Constitución de 5 de Febrero de 1857, El constitucionalismo a mediados del siglo XIX, Tomo II, México, UNAM, 1990..

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho, México, Porrúa, 2000.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VIII, México, Porrúa, 2000.

ETTIENE LLAND, Alejandro. Perfección de la persona humana en el derecho internacional. Los derechos humanos, México, Trillas, 2000.

GALINDO GARFAS, Ignacio. Curso de Derecho Civil, México Porrúa, 2000.

GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso, México, Porrúa, 1990.

LANGMAN, Jean, Embriología Humana Médica, México, Editorial Médica Panamericana, 2000.

MADRAZO, Jorge, Derechos Humanos: El nuevo enfoque mexicano, División de la modernización en México, México, FCE, 1993.

MARGADANT S., Guillermo. El derecho romano, México, Esfinge, México, 2000.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, México, Porrúa, 2000.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, México, Porrúa, 2000.

MORENO BOTELLO. Gloria. Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida, Anuario de derecho eclesiástico. Vol. VII, Madrid España, 2000.

NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos. Recopilación de los Instrumentos internacionales de las Naciones Unidas, Publicaciones de las Naciones Unidas. Nueva York, 1990.

PADILLA M. Miguel. Lecciones sobre derechos humanos y garantías, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 1991.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. Derechos de la Familia, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, España, 2000.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado, México, Harla, 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, México, Porrúa, 2000.

TENA RAMIREZ, Felipe. Leyes Fundamentales de México, México, Porrúa, 2000. humanos en las

TERRAZAS R., Carlos. Los derechos Constituciones Políticas de México, México, Miguel Angel Porrúa, 1999.

SEARA VAZQUEZ, Modesto. Derecho Internacional Público, México, Porrúa, 1999.

ZOVATTO G., Daniel, Los derechos humanos en el sistema interamericano, Recopilación de Instrumentos Básicos, Nueva York, 1990, Instituto Interamericano de derechos humanos.

REVISTAS.

ALCALA-ZAMORA Y TORRES, Niceto. "El área de la tutela" Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm.33 tomo IX, enero-marzo, México, 1947.

BREEDEN, Linda, "Los derechos de los menores en Estados Unidos y en los países Escandinavos", Publicaciones UNICEF, Año internacional del Niño, México, 1976.

CARRILO FLORES, Antonio. "Los derechos humanos en México", Revista Mexicana de Politice Exterior núm 8, julio-septiembre. México, 1985.

LUGO, Carmen. Derechos del niño. Revista fem. núm. 10, marzo, México.1980.

PEREZ DUARTE y N., Alicia Elena. La maternidad es siempre cierta, La modernización del derecho frente a los avances científicos, Boletín mexicano de Derecho comparado, núm 65, año XXII, mayo-agosto, México, 1989.

PHILLIPS, Graciela. "Situación de la infancia en América Latina y el Caribe". Revista de la Facultad de Ciencias Políticas. UNAM. núm 24, mayo, México,1979.

CASTAÑEDA, Jorge. El valor Jurídico de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, Colegio de México, Noviembre, México,1996.

FUENTES DOCUMENTALES.

Convención de las Naciones Unidas Sobre los derechos del niño, UNICEF, México, 1994.

Declaración de los derechos del niño, UNICEF, 1994.

Declaración Universal de derechos humanos, Naciones Unidas, 1948.

Los derechos del Hombre, UNESCO, México, 1991.

Proyecto de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño,
UNICEF, México, 1989.