

881309



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

CAMPUS ESTADO DE MEXICO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CON EL NUMERO 881309

MEDIDAS TUTELARES COMO GARANTIA
DEL MENOR EN EL JUICIO DE AMPARO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RUTH ANGELICA TORRES VERA

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JAIME RAMIREZ ELIZALDE
REVISOR DE TESIS: LIC. MIGUEL ANGEL ACOSTA ABARCA



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 está 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.

INDICE

● PROLOGO	6
● INTRODUCCION	7
● CAPITULO I " CONCEPTOS CONSTITUCIONALES "	
1.1 Concepto, Comprensión didáctica del Derecho Constitucional	9
1.2 Derechos Humanos y Derechos Civiles	13
1.3 Los Derechos Humanos como entidad Jurídica	14
1.4 El estudio del Derecho y los Derechos Humanos en México (Antecedentes)	23
1.5 La Legalidad como Garantía	30
1.6 La legalidad y los Derechos Humanos	36
1.7 Obtención de Mayoría de edad y sus excepciones	42
● CAPITULO II " EL CONTROL DE AMPARO "	
2.1 Concepto y Nacimiento del Amparo	49
2.2 Principios Fundamentales del Juicio de Amparo	56
2.3 Contenido del Amparo	61
2.4 Hechos, Conducta, Acto y Norma	64
2.5 Legitimación en el Amparo	71
2.6 Amparo contra Ley	76
2.7 Un enfoque referente a la Ley de los Consejos tutelares para menores infractores	79
● CAPITULO III " MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS "	
3.1 Concepto Jurídico de las medidas Cautelares o Precautorias	84
3.2 Clasificación de las medidas Cautelares o Precautorias	89
3.3 Condiciones de las Medidas Tutelares	96
3.4 Justicia y Equidad	109
3.5 El menor como gobernado (Artículos 14 y 16 Constitucional, Principio de la Legalidad Genérica)	107
3.6 Excepciones a las disposiciones legales aplicables a Menores	107

●	CAPITULO IV	
	" PERSPECTIVA JURIDICA DEL PEQUEÑO INFRACTOR "	
4.1	Procedimiento que se sigue contra Menores Infractores	119
4.2	Tratamiento de Menores como una violación a los Derechos Humanos (El Derecho de Administración de Justicia)	120
4.3	Perspectiva Jurídica de la medida de tratamiento como violación a los Derechos Humanos	122
4.4	Derechos Humanos - Legislación Penal Sustantiva	123
4.5	Indeterminación de la medida de Tratamiento	125
4.6	Defectos a la Ley de Consejos	126
4.7	Ley Aplicable a Menores Infractores	128
●	CONCLUSIONES	131
●	BIBLIOGRAFIA	133

* PROLOGO *

Hace algunos años, desde los cimientos de mi vida universitaria, brotó en mí una inquietud, inquietud que se refleja en elaborar un estudio minucioso y complejo en relación con el menor. Otorgándome ahora las armas suficientes para obtener así, un buen trabajo de tesis.

Al introducirse en el análisis jurídico del menor obtuve un grado de conocimientos para fundamentar que siendo el menor un poseedor de derechos humanos, y si alguno de estos derechos es violado, aunque este no tenga capacidad de ejercicio, puede promover su demanda de Amparo por conducto de su representante legal para hacer valer sus derechos.

Me inclinó por este tema "Medidas Tutelares como garantía del menor en el juicio de Amparo", para buscar la protección del menor y garantizar el respaldo de la ley, independientemente de la esfera social que representa como un incapaz y lograr así, ya sea modificando o complementando las bases jurídicas en relación con el menor.

Mi inquietud fue impulsada para ser plasmada en este trabajo de tesis, en primer lugar por considerarlo un problema socio-individual que cada día va adquiriendo un grado de mayor fuerza, en segundo porque la legislación actual le ha dado escasa importancia a los menores, y además, como tercer lugar por considerar que en la realidad mexicana, existe un porcentaje importante de menores que han sido enviados al Consejo Tutelar y a su vez privados de sus derechos esenciales, sin antes haberlos escuchado y darles la oportunidad de ser representados en un procedimiento seguido en forma de juicio y en consecuencia los menores están en el desamparo producto de una legislación incompetente.

Y como aclaro en el proemio del presente prólogo, busco un resultado beneficioso para el menor en la legislación mexicana.

Tema de gran importancia por considerar nuevas propuestas a la materia que otorgara un servicio social a la Nación.

Cosechamos mentes sanas para obtener los grandes hombres del mañana.

INTRODUCCION

El primer paso para elaborar un agradable trabajo de tesis, fue considerar la proyección del esqueleto de la materia que consiste en el análisis constitucional de los derechos humanos, empezando con una visión histórica y doctrinal de dichos derechos esenciales, y continuar formando el esqueleto con bases jurídicas plasmadas en la legislación, hasta abarcar todo lo relacionado con la protección del menor. Después nos introducimos a un estudio mucho mas profundo que nos dió la visión práctica basada en el enfrentamiento de los casos cotidianos ante la autoridad, así observamos una laguna legal que tiene por resultado la inexactitud de la ley, atropellando la protección del menor.

Primero tomamos en cuenta todos aquellos medios de comunicación, principalmente las obras de grandes autores como Burgoa, Fallares, Carnelutti, algunos Códigos Civiles, Penales, Laborales, nuestra Constitución y la Ley de Amparo que nutrieran nuestra información, otorgándonos un alto grado de conocimientos para fundamentar el tema a tratar.

Nuestro trabajo de tesis se ha constituido por cuatro capítulos y las conclusiones. En el primer Capítulo manifiesto la comprensión didáctica del Derecho Constitucional. En el segundo Capítulo, manifiesto parte de la gama legislativa del Juicio de Amparo. En el tercer Capítulo manejo las medidas cautelares o precautorias en la legislación mexicana y por último, en el cuarto Capítulo expongo la necesidad de establecer medidas preventivas del menor ante la autoridad.

Ahora bien, después de esta información obtenida los invito irrisistiblemente a disfrutar la conclusión Jurídica, basado en lo anteriormente expuesto, logrando exponer nuevas propuestas que tienen por objetivo ser un instrumento útil en la legislación mexicana.

Propuestas basadas desde la integración celular de la sociedad, como cuna de los buenos y nobles pensamientos y adecuadas costumbres infantiles, que otorguen una seguridad a éste, hasta alcanzar la máxima protección del menor plasmada en una legislación.

C A P I T U L O I

* CONCEPTOS CONSTITUCIONALES *

- 1.1 CONCEPTO, COMPRENSION DIDACTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.
- 1.2 DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS CIVILES.
- 1.3 LOS DERECHOS HUMANOS COMO ENTIDAD JURIDICA.
- 1.4 EL ESTUDIO DEL DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN MEXICO (ANTECEDENTES).
- 1.5 LA LEGALIDAD COMO GARANTIA.
- 1.6 LA LEGALIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS.
- 1.7 OBTENCION DE MAYORIA DE EDAD Y SUS EXCEPCIONES.

CAPITULO I

1.1 CONCEPTO Y COMPRENSION DIDACTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Concepto; desde el punto de vista etimológico la palabra Constitución significa la acción y el efecto de constituir, la forma o sistema de gobierno o la ordenanza con que se gobierna una corporación.

Ley fundamental de un estado. (1)

Desde el punto de vista Jurídico significa el orden legal que constituye el estado, determinando su estructura política sus funciones características, los poderes encargados de cumplirlas, los derechos y obligaciones de los ciudadanos y el sistema de garantías necesarias para el mantenimiento de la legalidad en la manifestación suprema del derecho positivo y es considerada como la carta magna o fundamental del estado. (2)

La constitución en sentido material esta integrada por los preceptos que regula el proceso de la legislación. La Constitución abarca los principios Jurídicos que designan a los órganos supremos del estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y por último la situación de cada uno de ellos respecto del poder del estado, crea y organiza a los poderes públicos supremos, dotándolos de competencia, es por lo tanto, el contenido mínimo y esencial de toda Constitución.

Desde el punto de vista material las constituciones del mundo Occidental inspiradas en la Norteamericana y la Francesa, han organizado el poder público con la mira de impedir el abuso del poder.

De aquí que la estructura de nuestra Constitución se sustente en dos principios capitales :

UNO.- La libertad del individuo es ilimitada por regla general, en tanto que la libertad del estado para organizarla es limitada en principio.

DOS.- Como complemento indispensable del postulado anterior,

(1) ANTONIO RALY POUDEVIDA - DICCINARIO PORRUA DE LA LENGUA ESPANOLA, NOVENA EDICION, 1976, EDIT. PORRUA, PAG. 192

(2) RAFAEL DE PINA VARA - DICCIONARIO DE DERECHO, QUINTA EDICION, 1973, EDIT. PORRUA, PAG. 223

es preciso que el poder del estado se circunscriba y se encierre en un sistema de competencia.

El primer principio obliga a enumerar en la Constitución ciertos derechos del individuo llamados fundamentales que expresa y concretamente se sustraen de la invasión del estado, tales derechos se clasifican teóricamente en dos categorías : Derechos del individuo aislado y derecho de las personas relacionadas con otros individuos.

Todos son derechos de la persona frente al estado, pero la primera categoría comprende derechos absolutos como la libertad de conciencia, la libertad personal protegida contra las detenciones arbitrarias, etc., en tanto que la segunda clase contiene derechos individuales que no quedan en la esfera del particular, sino que al traducirse en manifestaciones sociales requieren la intervención ordenadora y limitadora del estado como la libertad del culto, la asociación, la de prensa, etc. La tendencia actual es a permitir la intervención reguladora del estado en toda clase de derechos individuales, inclusive en el de propiedad que antes se consideraba absoluto. La parte de la Constitución que trata de los derechos del hombre recibe el nombre de dogmática. Nuestra Constitución designa tales derechos con el nombre de garantías individuales.

Los primeros dos artículos de nuestra Constitución se refiere a los derechos fundamentales y para su mejor apreciación a continuación los transcribo :

ARTICULO 1. En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

ARTICULO 2. Esta prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Y los siguientes artículos, hasta el veintinueve nos establecen algunos otros de esos derechos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

resultado de nuestro Movimiento Armado de 1910, contiene disposiciones que demuestran las preocupaciones del Estado por proteger la estructura de la familia en cuyo seno, el hombre inicia en vida y los miembros que la integran constituyen para él la principal fuente de sus relaciones afectivas y Jurídicas. Por consiguiente, la necesidad de valorar y ubicar en su verdadera magnitud el conjunto de derechos y obligaciones que surgen entre los integrantes del núcleo familiar, cuyas relaciones se derivan del parentesco, hacen que nos cuestionemos la situación que guarda la normatividad Jurídica en aspectos como la protección de menores por parte de sus progenitores y por parte del Estado, así como los mecanismos que sean establecidos para lograr que en la aplicación de la normatividad se dé mayor amplitud a los fines especiales que surgen de la paternidad la relación conyugal, la protección de la salud y el derecho a la vida.

Por tal motivo y para el tema que nos ocupa, confiere particular importancia transcribir el texto del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el cual se establece que :

" El varón y la mujer son igual ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

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

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

El segundo principio al que antes hicimos referencia es complemento del primero. La garantía orgánica contra el abuso del poder está principalmente con la división de poderes. La parte de la Constitución que tiene por objeto organizar el poder público es la parte orgánica, además de la parte orgánica y dogmática

pertenecen a la Constitución en sentido material los preceptos relativos a la super - estructura constitucional, la cual cubre por igual los derechos del individuo a los poderes de la Federación y a los poderes del Estado. (3) (4)

(3) IGNACIO BURGOA - DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO -, PRIMERA EDICION, EDIT. PORRUA, PAG 820

(4) FELIPE TENA RAMIREZ - LEYES FUNDAMENTALES DE MEXICO -, 1808-1957, TERCERA EDICION, PAG. 81

1.2 DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS CIVILES

Los derechos humanos reciben esta denominación aquellos derechos que corresponden al hombre por su propia naturaleza como fundamentales e innatos, tales como los de propiedad, libertad, seguridad y resistencia a la opresión, formulación en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, y los llamados derechos sociales.

Estos derechos se afirman como anteriores y superiores al Estado, por lo que los gobernantes se encuentran obligados a mantenerlos, respetarlos y garantizarlos. (5)

Ahora bien, los derechos humanos como anteriormente explicamos son: los que hablan del derecho natural refiriéndolo a que cada individuo siente en sí la facultad originaria, no deductible de la experiencia de valorar el derecho existente, de distinguir la justicia de la injusticia, y esa facultad regida todos los hombres en todos los tiempos.

En el derecho civil su definición no ha sido una tarea sencilla, tomaremos la de ULPÍANO: dijo que el ius civil "es el que ni se separa en todo el natural o de gentes, ni se somete a él totalmente, pues elaboramos derecho propio, es decir, civil, adicionando o destruyendo algo al derecho común. Gayo es más claro, aunque no más concluyente. Todos los pueblos que se rigen por leyes o costumbres - dice - usan un derecho en parte peculiar suyo y en parte común a todos los hombres. Pues bien añade - el que cada pueblo establece el mismo para sí, en peculiar de la misma civitas y se le llama ius civil.

El conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal, es decir, como sujeto de derechos y patrimonios y como miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales, de su existencia dentro del conjunto social, y puede considerársele como una rama de la ciencia del derecho. En el primer sentido, es el conjunto de normas referentes a las relaciones entre las personas en el campo estrictamente particular, en el segundo la rama de la ciencia en el derecho que estudia las instituciones civiles desde los puntos de vista

(5) CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, FACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA, FORUM ABIERTO DEL 16 AL 20 DE OCTUBRE DE 1960, POR EL INSTITUTO PARA LA ATENCIÓN DEL NIÑO QUEMADO, CONFERENCIA DADA POR LA LIC. MARIA DE LA LUZ LIMA.

filosófico, legal e histórico.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas".

El párrafo tercero del artículo mencionado, consagrado como garantía social para todos los mexicanos del Derecho a la Protección de la Salud, con lo que se pretende dar impulso a una sociedad más igualitaria en el entendido de que la salud, es un bien social que debe considerarse no solo desde el punto de vista biológico, sino en forma integral, tomando en cuenta los factores socioeconómicos y culturales que inciden en ella.

La humanidad convive bajo un orden que se precisa através de la normatividad. La norma rige el ideal de acción en un grupo determinado, pero esto no significa que la norma necesariamente se acate por la totalidad de los integrantes del grupo. La norma aunque parte por lo regular de un principio de derecho natural, al fin constituye un dictado arbitrario y emitido por el grupo en el poder, y esta condición no siempre respeta las características grupales y las tendencias particulares; siendo que además la norma es una generalización. La norma debe ser introyectada por el individuo. No es intrínseca a él, es extrínseca, no es de aceptación voluntaria, es impuesta y obligada. Lo anterior conlleva la idea de que la introyección normativa requiere de un tiempo prolongado que depende de la individualidad, del estrato y estatus social, y del contenido de la norma misma. Por consiguiente siempre habrá quien infrinja la norma y más durante la época de la infancia y la adolescencia que son periodos básicamente adquisitivos de introyección y no resolutivos de expresión.

1.3 LOS DERECHOS HUMANOS COMO ENTIDAD JURIDICA

Los derechos humanos proclamados significan una cierta idea del hombre desde el mismo momento en el cual, el reconocer sus requerimientos de igualdad, o de libertad, o de dignidad, o de satisfacción de sus necesidades básicas dibujan la identidad del hombre dentro del reino animal. Son, por lo tanto, una categoría filosófica y antropológica, la cual tiene además la característica de haber sido elevada a categoría Jurídica por las declaraciones,

pactos y convenciones internacionales que han sido transformadas en la Ley, de los respectivos países.

Todo ello independiente de que, a veces resultan contradictorios y, por lo tanto, recíprocamente neutralizantes, por eso se ha insistido en que los Derechos Humanos hay que entenderlos como sistema, de manera que no debería ser reconocido uno sin reconocerse igualmente los otros. La libertad sin la igualdad por ejemplo no tiene ningún sentido lógico, cuando se habla de reconocer un derecho humano no se refiere a su proclamación a su consideración en la práctica cotidiana del sistema social en general.

Esta duplicidad (categoría filosófica y antropológica y categoría jurídica) presenta algunas dificultades : Los derechos del hombre tendrían una racionalidad diferente y a veces contraria, a la del derecho precisamente por su dimensión ética. Así, mientras los derechos humanos son universalizantes, flexibles, móviles y evolutivos, el derecho es territorial, preciso e inmóvil.

Coincido con Ladrerie, en que el concepto de derechos humanos es indispensable precisamente para asegurar una mediación entre las exigencias de la ética pura y la eficacia de la vida política en la medida en que ella tiende a inscribirse en un orden jurídico. De esta manera los Derechos Humanos entregan así las posibilidades de una base democrática de la vida social en la medida en que dicha base democrática esta sostenida por la fuerza de la convicción y el espacio de la discusión. Convicción que no será intransigencia y discusión que no conducirá al relativismo puro y simple. Así, la función de los Derechos Humanos será la viciación y la discusión y la meditación entre ética, política, y derecho.

Racional que la consideración de esto es más que un derecho común de la humanidad civilizada en la cual se creó a principios de siglo, o en los principios generales del derecho reconocido por las naciones elitescamente calificadas de civilizadas, había sido hasta entonces progresivos, la Segunda Guerra Mundial demostró que en algunas de estas naciones, con la introducción del Estado nazi-fascista, el derecho y sus prácticas llegaron a ser aberrantes, que no pudieron seguir considerándose norte de evoluciones posteriores. Eso determinó, que la Organización de las Naciones Unidas tuviera que abocarse a una proclamación solemne de

(G) LADRERIE : DROIT NATURELLE, DROIT ETHIQUE, DELMAS MIREILLE :
LE FLOU DU DROIT. PARIS, PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE,
1966, PAG. 203-314

carácter internacional.

Así nace la concepción moderna de los derechos del hombre, expresión que, por su carácter individualista, me parece mucho que la de Derechos Humanos, aún cuando ésta ha comenzado también a asociarse con el mismo sentido individualista de la expresión anterior, y de su imagen en los medios de comunicación, en los cuales, la expresión aparece casi exclusivamente vinculada a los derechos centralmente reconocidos por la democracia liberal turquesa y no a los otros, de tendencia comunitaria.

La consideración IVA naturalista de los derechos humanos puede también producir conflictos frente a la pena de muerte y otras muy estrictas de privación de libertad, especialmente la prisión perpetua y permite esgrimir el derecho de igualdad, el cual se ve sin lugar a duda afectado por la diferencia de clases, no solo frente a las posibilidades de defensa de los tribunales, sino también frente a las razones que motivan la comisión de ciertos delitos y las que mueven la selectividad Jurídica.

Todo esto, sin duda, produce inseguridad Jurídica. Pero dada la inherte tradición de una interpretación judicial automatizada por los intereses dominantes, tanto de clase como de grupo y sexo, cualquier modificación innovadora frente a la esclerosis tradicional de la justicia, no puede sino ser progresiva y es también, la única salida aparente para las clases, sin poder en un sistema que no deje muchas brechas para su defensa. Por ello en estos casos y de todas maneras preferiblemente bajo la orientación de los derechos humanos proclamados más que de aquellos, discutibles, que serían inherentes a la persona humana la regidez de la tradición judicial en algunos países en los cuales las decisiones anteriores de los tribunales superiores, tienen una fuerte autoridad, debería prescribirse, para dar cabida a una nueva corriente.

Resulta indispensable el establecimiento de bases generales en las que se contengan los principios fundamentales que habrán de observarse en los ordenamientos atendiendo el interés superior de la sociedad por garantizar los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos se contradicen y dichas contradicciones nos conducen a acercarnos a definiciones más colectivas entendiéndose " los derechos de los pueblos " no necesariamente representados por sus respectivos estados nacionales (7)

(7) DECLARACION DARGEL DEL 4 DE JULIO DE 1976. (LAMENTABLEMENTE UN AUN SIN EFECTOS JURIDICOS) IDERM FORUM ABIERTO 16 AL 20 DE OCTUBRE DE 1999.

Una de las más productivas funciones de los Derechos Humanos parecía estar en la definición de lo que es y no es criminalizable.

Como se sabe, la criminología representa un punto de vista alternativo sobre el tema de la llamada cuestión criminal.

En efecto, a diferencia de lo que la criminología convencional ha hecho desde sus inicios, no se interesa por el aspecto etiológico de la delincuencia, si por los métodos para prevenirla o para reinsertar al delincuente en el medio social de cuyas normas y principios se habría desviado. Comienza, interrogándose sobre el orden social y sobre el orden legal, el cual no sería otra cosa que la expresión de relaciones de poder. De esta manera la cuestión de la relatividad de los valores del orden legal va a convertirse en la premisa de una serie de cuestionamientos posteriores de los aportes de la criminología convencional, especialmente de sus estereotipos, de su presunta reproducción de un sistema de relaciones sociales, cuyos intereses, en dicha criminología se dan como único parámetro para distinguir lo bueno de lo malo, y lo normal de lo desviado.

Esto, entre otros casos, ha significado por una parte, replantear las relaciones entre la criminología y el derecho, las cuales ya no serían de subordinación, sino de ciencia - objeto, aún cuando solo parcialmente su objeto. Por la otra como es lógico suponer ha conducido a redefinir el objeto de estudio de la criminología: el ius-naturalismo había coincidido con el ius-positivismo en el sentido de que la criminología convencional, no se planteaba si las conductas criminalizadas que le habían impuesto como objeto de estudio podrían ser definidas autónomamente al margen de criterios metafísicos o del orden Jurídico. Se daba presentado, sobre la base de un supuesto consenso colectivo que lo que el código prohibía era coincidente con el contenido de la voluntad general. El descubrimiento de que no era así, de que había conductas de mayor nocividad que no eran sancionadas, de que la gravedad legal de la conducta medida a través de la gravedad de la pena no se correspondía con la magnitud del daño causado, condujo a rupturas, en ocasiones definitivas, con el orden legal.

Sin embargo, a partir de los cuestionamientos iniciales como suele suceder en toda crisis, esa relativización de los valores

(8) CIENCIA COMO OBJETO ES EL ESTUDIO DEL DELINCUENTE, DE SUS CAUSAS Y DE SU REPRESION ROMANO ENCUENTRA LOS DATOS PROPORCIONADOS POR LA ANTROPOLOGIA, LA PSICOLOGIA, Y LA SOCIOLOGIA CRIMINALES. RAFAEL DE PINA VARA OP CIT PAG. 191

impedía encontrar caminos productivos para enfrentar teóricamente algunos problemas sociales, cuya realidad no podía obviarse especialmente, la necesidad de controlar ciertas conductas realmente dañinas, para todos los individuos, a la vez que de poner el derecho al servicio de intereses verdaderamente generalizables.

Los intereses difusos, o bienes sociales, a lo que se refieren los penalistas de Estados Unidos e Italia, (9). Serían aquellos que pertenecen al colectivo, aquellas en los cuales no es necesario individualizar al titular.

Lo cierto es que el tema de la criminalizable produce opciones de la más variable índole: Por un lado, tendríamos la Fé en un orden natural que produciría un derecho natural, y, por lo tanto, una lista de bienes jurídicos tutelables, caída de un cielo casi totalmente teológico. A esta tendencia podemos anexar las positivistas que sostienen sus teorías, a críticamente, en el consenso colectivo de un supuesto pacto social. (10) El ius-naturalismo es la apoteosis de lo absoluto valorativo. Representa un mundo axiologicamente jerarquizado. Por ello, cualquier lista de bienes primarios protegibles por medio de la criminalización es abstracta, preracional e indiscutible.

Al otro extremo del problema tendríamos a los interaccionistas, cuyo máximo representante en el tema de la abolición de la criminalización formal es Locke, Hulsman que sostiene la negación de la necesidad de criminalizar desde lo externo, esto es, desde afuera de las partes en conflicto, las partes, en efecto, serían las únicas con el poder de definir el contenido positivo o negativo de la interacción y también las únicas con la capacidad de restaurar una relación armónica. El conflicto les pertenece. Esta posición no representa la negación de los valores, si no más bien su total relatividad. Por lo cual, el derecho no tendrá legítimamente la autoridad de hacer valer un solamente entre los múltiples puntos de vista posible.

Hart (11) sostiene que las necesidades y funciones humanas implican un cierto contenido de la Ley, son hechos naturales, son las que controlan las reglas de convivencia.

Reming (12) interpreta de; lo criminalizable tendrá su base en un orden natural, el cual conformaría Derechos básicos. Y la condición humana haría emergente una protección mínima de las

(9) HERMAN Y SCHVENDINER, ALESSANDRO BARATTA Y BRIEOLA, "CLASES SOCIALES", PIE DE PAGINA CITADA POR LOLITA ANIYAR DE CASTRO EN LA REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, VOL. 4 1967, PAG. 89

(10) RAMON XIRAU, ROUSSCAU, LOCKE, JOBBES. "INTRODUCCION A LA FILOSOFIA", UNAM, NOVENA EDICION, 1963

(11) HART, HL PUNISHMENT AND RESPONSABILITY, OXFORD, DE T.H. CLARENDON PRESS, 1968. COP CIT REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA PAG. 88

(12) FLEMING: CRIMENES Y DERECHOS, ENERO '82". OP CIT PAG. 88

personas. Es el orden natural el que proporciona la universalidad rural a la regla de derechos. Los hechos naturales son simplemente condiciones objetivas, sobre las cuales podrian producirse " éticas objetivas " .

Esta teoria tiende más a explicar el derecho a castigar, es decir, a ser una teoria de la fundamentación de la pena, que una relación de los elementos que permitirían elaborar una ética-política total, en el campo penal útil para una criminalización que sea objetiva, es decir, que no sea dependiente de los intereses de clase en el poder.

Una posición valorativa razonada e histórica, es la de Herman y Julia Axhmendinger ^{us.} En 1970, en un trabajo ya clásico en el cual, traspasar revistas a las incipientes polémicas que existían sobre el tema en los Estados Unidos, dieron entrada al concepto de Derechos Humanos en la criminología, definiendo al delito sobre la base de ellos. Pero no se trataba de Derechos Humanos en un sentido ius-naturalista, más bien se referían a la carta de los Derechos Humanos de la ONU de 1948, cuya definición asumen como universalmente válida.

Esto traía dos consecuencias, una de sustituir una codificación convencional por otra de mayor consenso geográfico, el Código Penal Nacional por un Código Internacional, y una segunda de que una serie muy amplia, e inédita, de conductas fuera catalogada como defectiva : entre otras, el sesismo, el querrismo o el racismo.

En 1977, reconsideran la posición inicial sobre la base de una toma de posición ético-política.

Para ellos, ahora la confianza en la legalidad burguesa para defender los logros socialistas es suicida como se demostró con acompletar los sentimientos de la nación. La historia ha demostrado que las Leyes se generan para defender intereses en el poder. Sin embargo los sistemas legales no dejan de presentar contradicciones las que tomamos en forma general son instrumento de los intereses de las clases dominantes. Pero ciertas Leyes que salvaguardan la propiedad personal, la seguridad de las personas, los derechos económicos y políticos, etc., pueden en un momento dado servir a los intereses de la clase obrera, algunas están al servicio de las clases dominantes como las relativas al salario, pero otras Leyes del mismo tipo pueden contradecir, en forma

(52) HERMAN Y JULIA SCHWENDINGER : CLASES SOCIALES Y DEFINICION DEL DELITO, EN CAPITULO CRIMINALOLOGICO 19, MARACAIBO, ORGAHO DEL INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA DE LA UNIVERSIDAD DE ZULIA 1965. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA DE PAO. 39

limitada los intereses dominantes.

Para definir lo delictivo, la elección de la categoría daño-social como característica común a todos ellos, esta expuesta a serias dudas en una sociedad de clases. Aunque una gran mayoría de los delitos es socialmente dañina, el hecho de que el estado capitalista permita a las clases dominantes sancionar legalmente aquellos actos que se oponen a sus intereses, tales como la huelgas, el disentimiento político y la afiliación a partidos de izquierda, hace que asumir esa categoría legítima esas Leyes y sanciones penales. Aún cuando haya intereses coincidentes entre la clase burguesa y la proletaria, es la moral proletaria la que debe orientar el concepto de los Derechos Humanos. La expresión Derechos Humanos, para esta moral, se refiere a derechos claramente diferenciados de aquellos necesarios a la reproducción del capital, pero las condiciones materiales que le hacen posible los Derechos Humanos difícilmente podrán ser establecidos hasta que la clase obrera pueda, planificadamente aprovecharse de la plusvalía de sus trabajo general. En consecuencia: Los derechos de clase reproducen el capitalismo deben ser prohibidos y los derechos de clase del proletariado deben ser afirmados para que una sociedad socialista pueda comenzar a asegurar la satisfacción de las comunes necesidades individuales universalmente, la ideología debe poder dirigir la escala de un programa de valores, y los sacrificios y renunciaciones correspondientes, por una parte y por la otra, debe poder regular la sustitución de esos valores, dando seguridades de que los valores preferidos circularán. Es decir, debe asegurar el consenso de quienes se vean obligados a hacer esperar sus propios valores. El sistema social, tiene grandes posibilidades de supervivencia, si el espectro de valores es asegurable en forma ordenada.

La tesis de Luhman (14) es un llamado a la verificabilidad y al acuerdo intersubjetivo, el bien Jurídico tutelable dependerá de ese acuerdo intersubjetivo, tecnológico, estratégico.

Pero así como es conjunto valorativo tiene la función de reducir la complejidad del sistema social, también la Ley tiene esa función, que en definitiva es la función del poder, su definición el poder sería la capacidad de reducir complejidades del sistema social. Esta posición de gran auge contemporáneo, esta vinculada al análisis sistémico a la teoría de las probabilidades e inspirada en modelos siberméticos.

(14) LUHMAN NIKLAS " DIFFERENTIATION OF SOCIETY ". NEW YORK COLUMBIA UNIVERSITY PRESS 1992. PÁG. P1-121

Esa comunicación intersubjetiva es también reclamada por otros autores, aunque de manera diferente. Habermas se refiere a la necesidad de que ella exista como a un ideal, pero insistiendo en que debe ser una comunicación libre de dominio. Baratta también asume el acuerdo intersubjetivo en su primer intento de definir el referente material del delito. Los tres elementos básicos para aproximarse a este, serían según él :

- 1.- El reconocimiento de que el hombre es portador de necesidades positivas.
- 2.- El acuerdo intersubjetivo que permita descubrir las áreas convergentes entre varios programas de valores.
- 3.- Que sean generalizables de manera que al producirse la liberación de las capas subalternas se produzca la liberación de la sociedad en general.

En solo un trabajo posterior donde Baratta (45) se remite a los Derechos Humanos a los cuales, considera históricamente vinculados al concepto de necesidades reales fundamentales y que tendrían una doble función : Por una parte, una función negativa, que se refiere a los límites de la intervención penal. Por la otra, una función positiva concerniente a la definición del objeto posible, pero no necesario de la tutela a través del Derecho Penal, posible pero no necesario ya que su suposición va claramente en el sentido de propugnar una política de máxima contención de la violencia punitiva o del Derecho Penal mínimo.

Esto último, asociado a uno de sus postulados (el "principio de la articulación autónoma de los conflictos y las necesidades reales ") le conduce a una afirmación trascendente : " En la articulación autónoma de la propia conciencia de los conflictos y de sus necesidades de derechos en una comunicación libre de poder, la idea de la democracia y de la soberanía popular es la idea para la transformación y la superación del sistema penal tradicional hacia un sistema de defensa y garantía de los Derechos Humanos ".

Aún aceptando como válida esta afirmación, nosotros pensamos que la antropología cultural podría apostar algunas ideas al respecto que pudieran satisfacer de contenido la expresión de " necesidades reales fundamentales " no, por supuesto, en un sentido absoluto sino histórico. Por ello nos interesamos en revisar lo

(45) ALESSANDRO " REQUISITOS MINIMOS DEL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEY PENAL " MARACAIBO 1985", UNIVERSIDAD DE ZULIA.

que es la disciplina a descubierto. Especialmente, significativo nos pareció Malinowski (16) quien refiere una tabla de necesidades básicas (17) y sus concomitantes culturales (18), lo que podría perfectamente servir de orientación para una toma de posición sobre los bienes protegibles, y por lo tanto, sobre lo criminalizable; así como orientador de un concepto científico de los Derechos Humanos.

Ahora bien, las necesidades básicas que comprenden la primera parte del estudio realizado por Malinowski (16), explican que las necesidades primarias van sujetas a la cultura, variantes del gusto y del apetito, buscando un bienestar físico, por lo tanto, estas necesidades primarias sufrirán constantemente una variación por el transcurso del tiempo y del espacio, y existirá una posibilidad de evolución, plasticidad y refinamiento, por lo anteriormente ya explicado, para él los conocimientos culturales, irán siempre tomados de la mano con las necesidades básicas (" necesidades reales fundamentales ").

(16) MALINOWSKI, BRONISLAV : UNA TEORIA CIENTIFICA DE LA CULTURA, BUENOS AIRES EDICION SUDAMERICANA 1970. P. 10P

(17) METABOLISMO REPRODUCCION, BIENESTAR CORPORAL, SEGURIDAD, MOVIMIENTO, CRECIMIENTO, SALUD.

(18) ABISMO, PARENTESCO, ABRIOO, PROTECCION, ACTIVIDADES, EJERCITACION, HIGIENE.

(19) MALINOWSKI, OP CIT PAG. 111

1.4 EL ESTUDIO DEL DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN MEXICO (ANTECEDENTES)

La Nueva España estructurada en legislación principalmente inspirada en el Derecho Hispano se integra a través de sistemas imperantes en Europa de su tiempo que cuenta sus avances en la derrota del absolutismo y su transformación hacia un Estado de Derecho. En eso el México actual comparte con países de España y América, todas las tradiciones clásicas de la legislación en general y del moderno estado del Derecho en lo particular.

Hablar de Estado de Derecho de los continentes significa utilizar matices que establezcan una diferencia entre Europa y América que es notorio por el establecimiento en nuestros pueblos, al llegar a la vida independiente bajo una Constitución escrita que rompe con el parlamentarismo que introduce al poder ejecutivo mediante elección directa y que en forma destacada toma en sus textos constitucionales por igual la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano producto de la revolución francesa y de las cartas de las colonias inglesas en América del Norte, principalmente la de Virginia, en donde nacen los primeros estados sistemáticos de derechos humanos que se otorgan los países en América, surgen a la vida independiente, le dan lugar a las formas de estructuración mexicana del estado de Derecho, garantizándose los Derechos Humanos, o sea derechos imprescriptibles e impersonales que son mencionados con mayor frecuencia, como garantías constitucionales.

Existen garantías individuales y sociales, la importancia de éstas, distinción, defensa y protección a través del juicio de Amparo. (20)

Ante todo hay que hacer referencia al Estado de Derecho tal y como se ha concebido en todos los países del mundo contemporáneo. Es decir, partiendo del principio de la división de poderes, propugnada y sostenida con fuerza y posición por Montesquieu (21) y que establece desde este punto de origen que el poder público y sus órganos están sometidos a la Ley, fundamentalmente a la constitucional en forma tal que las autoridades no puedan tener ninguna facultad o atribución que no estén expresadas correctamente, en una norma Jurídica, mientras que los individuos y las instituciones que ellos forman, pueden con toda libertad

(20) INSTRUMENTO PRIVILEGIADO DE ORIGEN CONSTITUCIONAL, QUE NOS HA PERMITIDO INTEGRAR AL ORDEN JURIDICO NACIONAL.

(21) CHARLES LOUIS DE SECONDAT BARON DE LA BREDE Y DE MONTEQUIEN (1669 - 1755) " FILOSOFIA DEL DERECHO ". OP CIT PAG. 118

actuar en todo aquello que la Ley no les prohíba, implícita o explícita. Esta concepción generalizada presupone por tanto que Estado de Derecho es aquel que está subordinado a un orden jurídico nacional que produce efectos tanto para el Estado como para el individuo.

Ya en plena lucha insurgente y antes de que el pueblo levantado para exigir su independencia total de España, lograr el triunfo final, uno de los personajes de este movimiento. Don José María Morelos y Pavón, dictó el 22 de octubre de 1814 el decreto de la libertad de la América Mexicana que es conocida como la Constitución de Apatzingán, por haberse firmado en ese lugar del estado de Michoacán. En este documento encontramos varios conceptos que deben entenderse como fuentes en el Estado del Derecho. (22)

A partir de este documento constitucional para cuando se llegara el momento de obtener la independencia total, (se desencadenan la regulación de Derechos Humanos en México).

Independencia de la Racionalización del poder que ello significa poco a poco se va confrontando lo que podíamos entender como el estado de Derecho Clásico, individualista y liberal, que requiere de dos elementos fundamentales para cumplir sus cometidos en el campo del derecho :

El enlistado de los derechos fundamentales que el Estado reconoce a los individuos, simplemente por su dignidad de seres humanos, y por otra parte la sujeción que se lleva a cabo a los órganos estatales dentro de un rígido señalamiento de atribuciones expresas o implícitas, que conforman a las constituciones escritas en dos vertientes perfectamente delimitadas normalmente llamadas parte dogmática y parte orgánica de la Constitución, es decir, por una parte los derechos de los individuos y por la otra las atribuciones y las limitaciones a los órganos que ejercen el poder público, en virtud de la autorización constitucional.

Mientras más se avanza es este doble movimiento, México se va acercando cada vez más a la necesidad de crear una institución jurídica, un procedimiento constitucionalizado que resuelva no solo la forma de proceder cuando los órganos estatales no se sujetan a los límites de sus atribuciones, sino principalmente como actuar cuando esos órganos públicos y especialmente los funcionarios que utilizan el poder público, desconozcan o violen

(22) FELIPE TENA RAMÍREZ - LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO 1808-1927
OP CIT P. 92

los derechos esenciales de las personas, en los términos de los enunciados de garantías que nuestras constituciones especifican con mayor claridad y con mayor extensión para asegurar una conducta enmarcada en justicia y libertad.

Lo anterior ocurre durante el transcurso de primer siglo de vida independiente, que probablemente culmina bajo el patrocinio de la Constitución liberal e individualista de 1857, que para nosotros debe ser considerada como clásica, y en donde se confirma con toda precisión nuestro Juicio de Amparo creado en el acta constitutiva de 1957, como un proceso concentrado de anulación de actos de autoridades que no respetan las garantías constitucionales reconocidas a los individuos y a sus instituciones, estructurado mediante procedimientos judiciales fiscalizados por una Suprema Corte de Justicia de la Nación al que el mexicano denominó " Juicio de Amparo ", precisamente porque protege y asegura el estricto respeto a los derechos públicos subjetivos, como garantías otorgadas por el Estado de Derecho que ante todo ampara a la persona humana, pero que al mismo tiempo exige un orden jurídico nacional con atribuciones precisas a los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y que constituyen al Estado moderno de Derecho.

Pero dentro de los innumerables pronunciamientos y luchas de la nación mexicana bajo este sistema tan rápidamente descrito, empieza a gestar un ideal de filosofía estatal que siendo universal encuentra su primera sistematización constitucional en nuestro documento donde culmina el movimiento social llamado Revolución Mexicana. Esta es la Constitución de 1917, que establece por primera vez el llamado Estado Social de Derecho que antecede en un par de años a la constitución alemana de Weimar y a los documentos constitucionales de movimiento Ruso, los tres primeros ejemplos significativos de ese moderno Estado Social de Derecho que supera al individualismo liberal, persigue fundamentalmente la atención a las necesidades económicas, políticas, jurídicas y sociales de los grupos y de los cuerpos colectivos, y que pretenda resolver otros muchos problemas que no se plantearon en sus inicios, el clásico Estado especial y social de Derecho en virtud de la concepción teórica, doctrinaria de gabinete, sino de su rica experiencia de sus dolorosas luchas, que propician un cambio aún no terminado, siempre factible de avanzar bajo criterios sistemáticos e institucionales de justicia social.

Por todo lo anterior un buen examen de la posición de México

frente al Estado de Derecho y comprendiendo la forma en que se desarrollan en él los Derechos Humanos, las garantías constitucionales tendrían que dar noticia de como se llevó este desenvolvimiento de derechos públicos subjetivos dentro del Estado de Derecho, pasando por la enumeración de tales prerrogativas a la manera clásica y planteando posteriormente la problemática originada en un Estado Social de Derecho que desde 1917 viene manejando e identificando la Nación Mexicana.

En su posición original los Derechos enumerados son en los individuales. En la persona física la que resulta objeto y sujeto de la protección constitucional. El acento se pone en la libertad del individuo intocado a menos que judicial o administrativamente se justifique la privación de ese Estado mediante el cumplimiento de requisitos que enumeran las disposiciones constitucionales, las cuales rechazan procedimientos inquisitoriales para implantar el sistema acusatorio en cual identifica acusador, acusación, fundamentos legales y elementos de esta, precisión de conductas reprochables, evaluación de autoridades que los mandatos decían. Se extienden las garantías. (23)

Fuera de estas garantías constitucionales brevemente recordadas, que se refieren a libertades del ser humano y con las que mejor se identifican con los Derechos del ser humano. Existen las garantías adicionales, las cuales no pueden considerarse Derechos Humanos si son entendidas como normas que permiten instrumentar y dinamizar el respeto y la ubicación de tales derechos, son conocidas las garantías adicionales como garantías del orden jurídico que en un momento dado se fijan a los funcionarios públicos y que éstos no deben rebasar en el ejercicio de la porción del poder público que se les asigna, es una obligación funcional, no es un Derecho.

Existen también las garantías constitucionales de los mexicanos conocidas por las garantías de los procedimientos ordenados constitucionalmente. (24)

Los Derechos Humanos fundamentalmente que se establecen en la Constitución Liberal de 1857, sufre especial transformación y ampliación en las garantías que se disponen en 1917, bajo el texto de la Constitución Social actual, pero no ocurre mediante un cambio en su expresión escrita que pudiéramos destacar, sino a virtud de resoluciones de la Suprema Corte de Justicia lo cual

(23) DOMICILIO, PAPELES, CORRESPONDENCIA, PROPIEDADES, POSESIONES, DS. EN GENERAL, ETC.

(24) GARANTIA DE LEGALIDAD, AUDIENCIA, EXACTA APLICACION DE LA LEY (PENAL) IRRETROACTIVIDAD, ETC.

evidentemente anunciaba un desplazamiento del punto de vista de lo que debe entenderse por Estado de Derecho, en las instituciones que lo conforman y que propagaron el nuevo texto constitucional, consecuencia del movimiento social de 1910, la Revolución Mexicana, que en tal forma no nos permitiera contemplar un cambio súbito, inesperado no imaginado, sino como lo es de un caminar bajo criterios y exámenes profundos, que fundamentan el cambio social, cabe mencionar como ejemplo la concepción de las llamadas garantías individuales, se refiere a que el individuo es la base y la esencia de la protección personal de un Estado Liberal y, por lo tanto, individualista.

En sus inicios, recién dictada la Constitución de 1857, no se concebía que mediante el Juicio de Amparo se pudieran proteger los derechos de las personas morales.

El resultado de nuestro movimiento armado de 1910, que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene disposiciones que demuestran la preocupación del Estado por proteger la estructura de la familia, base de la sociedad en donde se desprenden las relaciones y surge la necesidad de valorar y ubicar en su verdadera magnitud el conjunto de Derechos y obligaciones que nacen entre los integrantes de este núcleo.

En materia laboral, por el Estatuto Orgánico provisional de la República Mexicana (15 de mayo 1856) por el Presidente Ignacio Comonfort, nacen las primeras medidas de protección a los menores, siguiendo los lineamientos del Plan de Ayutla, en su artículo 33 disponía que los menores de 14 años no podían obligar sus servicios personales sin la intervención de sus padres o tutores y a la falta de ellos, de la autoridad política.

En la Carta Magna de 1917, prevee a los menores de normas tutelares específicas en materia de trabajo (fracciones II, III, V, XII y XVI del artículo 123).

La Constitución de 1917, profundiza aún más en cuestiones como las anteriormente planteadas e introduce con fuerza la diferencia entre derechos individuales y derechos sociales, ya que algunos artículos destacados de este documento constitucional presionan con toda claridad cuales son esos derechos sociales que deben entenderse de clase o de grupo o los llamados derechos " difusos " que pertenecen a toda la sociedad. Se hará aquí referencia a las principales disposiciones constitucionales en que

estos derechos sociales se establecen en el documento de 1917. Significa que automáticamente nuestro sistema constitucional ha creado frente a las garantías individuales unas garantías sociales, que puedan funcionar e instrumentarse de la misma manera en que la Constitución clásica de 1857 plasmó la acción de Amparo individual, en forma tal que pudieramos sostener que entre nosotros ya nació una acción social de Amparo.

En efecto, el movimiento revolucionario que estallo en México en 1910, se llevó acabo sumando las fuerzas de los campesinos, y muy especialmente de los peones de las haciendas y que se veían verdaderamente esclavizados y retenidos en ellas, a la manera en que en su tiempo lo llevó acabo la " encomienda española ". Por lo tanto, el documento constitucional que precedió a ese movimiento social forzosamente tenía la necesidad de pronunciarse en relación con un mejor reparto y distribución de las tierras aplastantemente poseidas por los hacendados y que por supuesto a su manera se encontraban correctamente tituladas por compra o por herencia. (25)

Todo lo anterior se establece en un artículo constitucional que esta enmarcado dentro de un capítulo que se refiere precisamente a las " garantías individuales " y que en realidad crea igualmente un derecho social para grupos de campesinos sin tierra, expectantes de una mejor distribución de los campos cultivables, con lo cual, establece una distinción entre derechos individuales y derechos sociales, todos garantizados por la propia Constitución. Es por ello que muchos constitucionalistas manejan el concepto de que en este tipo de disposiciones nacieron las " garantías sociales ".

Los Derechos Constitucionales están protegidos por una verdadera " garantía " que es la acción de Amparo, precisamente para reclamar la violación de los derechos enumerados, acción que a la manera tradicional es de carácter individual - y no social y colectivo - tomando en cuenta que las fracciones I y II del artículo 107 constitucional que regulan al Amparo, se regulan al Amparo, se refieren a la posibilidad de accionar solo por agravio personal y directo, y sin que la sentencia que recaiga en el proceso de Amparo correspondiente tenga efectos de generalidad, única forma en mi concepto permitiría afirmar que para los derechos constitucionales establecidos en nuestro texto fundamental, existe una acción procesal tanto individual como social, o sea que si existen reconocidas verdaderas garantías

(25) EL ART. 27 QUE PLANTEARSE EL PROBLEMA DE LA REDISTRIBUCION DE LA TIERRA : LA NACION TIENE EL DERECHO EN TODO TIEMPO DE IMPONER A LA PROPIEDAD PRIVADA LAS MODALIDADES QUE DICTE EL INTERES PUBLICO.

sociales. (20)

Pero es indispensable dejar establecido que en ocasiones se han introducido supuestos derechos sociales, dentro del capítulo primero de la Constitución que lleva el rubro " De las garantías individuales ", que en realidad no anuncian verdaderos derechos de los individuos o del grupo social, si no facultades exclusivas para el Estado para propugnar por un beneficio a las personas o sus asociaciones o bien meros buenos propósitos, sin capacidad real para reclamarlos procesalmente mediante el Juicio de Amparo. No se juzgan los propósitos de dichas reformas, de excelente calidad, sino del hecho de introducirlas en un apartado que tan solo admite verdaderos derechos públicos subjetivos.

Así tendríamos que concluir mencionando que esos nuevos derechos se refieren a la protección y desarrollo de la familia, a la libre procreación de los hijos, a la salud, a la vivienda digna y decorosa, al derecho de los menores para la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental; y al derecho a la información.

Referencia especial merecen las reformas a diversos artículos dentro del capítulo que enumeran las garantías individuales reconocidas, para reforzar la " Rectoría del Estado en el desarrollo nacional ", que en los términos del artículo 25 permitirán " el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución ", todo ello " mediante el fomento del crecimiento y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza ". Bajo tal enunciado tendría que concluirse que todo ello contiene una garantía económica, o es al menos un intento de construirla bajo tal procedimiento, pero dejando una fuerte duda de si tal rectoría constituye realmente un derecho individual o social garantizado mediante la acción de Amparo.

México ha mostrado desde antes de su arribo a la vida independiente una vocación por un orden jurídico nacional enmarcado dentro de un Estado de Derecho, algo más que respetuoso de los Derechos Humanos, puesto que se muestra definitivamente impulsor de su vivienda dentro de un marco protegido por procedimientos judiciales, como lo es el Juicio de Amparo pretendiendo una defensa eficaz posible de ejecutarse. Posteriormente avanza a un Estado Social de Derecho, bajo los mismos procedimientos Jurisdiccionales de acciones procesales que

(20) ART. 123 CONSTITUCIONAL (TRABAJO), ART. 28 CONSTITUCIONAL (PROHIBICION MONOPOLIOS), ETC.

hacen avizorar el alcance de una acción social de Amparo, sin abandonar la acción individual por agravio personal y directo. Es esta nuestra realidad actual. (27)

1.5 LA LEGALIDAD COMO GARANTIA :

La legalidad : en el sistema de normas que constituyen el Derecho Positivo de un país. Es la calidad legal de un acto, contrato o situación jurídica.

Y la legitimación en la situación jurídica en que se encuentra un sujeto y en virtud de la cual puede manifestar válidamente su voluntad respecto a una determinada relación de derecho, afectándola en algún modo. (28)

El control de legalidad tiene como objeto un ordenamiento de derecho superior, o sea, proteger o preservar el régimen constitucional. Dicha finalidad del Juicio de Amparo no es producto de una indebida práctica judicial ni de su torcido ejercicio, llevada a cabo por preceptos constitucionales expresos.

El artículo 14 " garantía de legalidad " su objeto preservador se extiende a los ordenamientos legales secundarios, ensanchan su competencia hasta el grado de erigirse en revisores de los actos de todas las autoridades judiciales que no se hayan ajustado a las leyes aplicadas " a la letra o a la interpretación jurídica de la Ley " tacitamente ha venido corroborando las apreciaciones que vertimos con antelación en el sentido de que dicho Juicio es también un medio de control de legalidad. Por tanto, al ejercerse el control de legalidad mediante el conocimiento jurisdiccional de los Juicios de Amparo, se salvaguardan las garantías individuales dentro de las cuales se encuentra la de legalidad plasmada en los párrafos II, III y IV del artículo 14.

La Constitución de 17 suprimió la garantía de la exacta aplicación de la Ley, en materia civil, no por ello restringió el Juicio de Amparo, pues estableciendo la garantía de legalidad lo reportó como medio de control de legalidad.

" En el 14 Constitucional no solo se opera la ampliación teleológica del Juicio de Amparo, sino también el 16 en su primera

(27) DE JUVENTINO V. CASTRO, " REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA DE 1967 ", OP CIT P. 801

(28) DICCIONARIO DE DERECHO-RAFAEL DE PINA VARA. OP CIT PAGS. 326 Y 327

parte, " nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento ". (20)

La causa legal del procedimiento y fundamentación y motivación, haciendo consistir los actos violatorios no solo, sino en una mera molestia, sino que puede llegar a una privación.

Todos los ordenamientos legales, ensanchando así su naturaleza teleológica, que no solamente estriba en controlar el orden constitucional, y proteger al individuo como lo dejamos acentado con antelación.

El Juicio de Amparo protege, pues, tanto la Constitución como la legislación ordinaria en general, es un Juicio extraordinario de legalidad.

No falta quien afirme que el Juicio de Amparo, sobre todo el Derecho (Tribunales Colegiados de Circuito o la Suprema Corte de Justicia) es un mero recurso de legalidad.

Debemos afirmar que nuestro Juicio de Amparo es una institución total que ha superado las desventajas que representa un sistema parcializado de protección constitucional.

El principio de Legalidad Penal basado en el discurso jurídico - penal : exige que la ingerencia punitiva del Estado solo se ejerza dentro del límites legalmente prefijados a la punibilidad (20), en tanto, que el principio de legalidad de la acción o legalidad procesal exige que el Estado tenga ingerencia punitiva en todos los casos planificados por la Ley (esto no se desvirtúa con la consagración del principio de oportunidad, pues ningún sistema regido por la oportunidad concede una arbitrariedad ilimitada, sino que fija pautas generales al órgano que es titular de la acción). La ingerencia punitiva del Estado opera mediante el sistema penal. Esto significa que el sistema penal siempre debe operar en el marco estricto de la previa planificación legal (penal y procesal penal).

Mediante la observación del expediente crudo de la realidad obtenemos datos ignorados de gran magnitud :

- Un control militarizado y al margen de toda legalidad

(20) IGNACIO BURGOA, " LAS GARANTIAS INDIVIDUALES ", PAG. 22 Y " DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO ", OP CIT P. 842

(20) ENFASIS EN EL LIMITE DE LA TIPICIDAD.

de las actividades ciudadanas más importantes, expresiones políticas, religiosas, de ideas, artísticas, creativas, comerciales, etc.

- Las ejecuciones sin proceso.
- La erección del aparato policial militar en una máquina extensiva de inmenso poder.
- La asociación del sistema penal con el juego, la actividad rufianezca, etc.

APRECIACION PERSONAL

Desde mi punto de vista es bastante claro que, a estas alturas de descubrir que los medios de comunicación (televisión, revistas, películas, etc.) han perturbado la mente del hombre y sobre todo del infante, logrando así, una gráfica bastante pronunciado en el índice de los delitos.

Abrirnos a la modernidad, es apoyar una instancia en favor de la niñez, hacer una reflexión hacia el marco jurídico que rige el uso de los medios masivos en relación con la niñez.

Solo a guisa de ejemplo me referiré al artículo 59 bis de la Ley de Radio y Televisión reformada en el año de 1982, que establece, todas las empresas radiofónicas y televisivas, sean éstas particulares o del Estado, deben, respeto a sus emisiones propiciar el desarrollo armónico de la niñez, estimulando la creatividad, la integración familiar y la solidaridad humana. Ordena así mismo que se procure la comprensión de los valores nacionales y el conocimiento de la comunidad internacional que se promueve el interés científico y social de la niñez y que de ninguna manera se haga apología de la violencia.

Les invito a encender su televisor a las cinco de la tarde, horario infantil. Se encontrarán con las nada pacifistas caricaturas de los cuatro fantásticos o del increíble He-man, que desde luego a nuestros hijos no les dejan en la boca ningún sabor de paz. Este señalamiento sería injusto hacerlo solo a la televisión privada.

En el canal 7, inventado en el sexenio pasado, aún sin tener cubiertas las necesidades del trece a esa misma hora, para que nuestras hijas se sientan no se que tanto realizadas, se transmite la producción argentina ROBERTA, y una hora después, en el canal dos, entre telenovela y telenovela, nuestros hijos pueden solazarse con CARRUSEL, cursí serie que en nada refleja la problemática de la mayoría de nuestros hijos asistentes a las escuelas de gobierno, sino es más bien una distorsionada realidad cotidiana que impacta a nuestra niñez.

La alternativa, en el canal trece que parece decir " niños vayanse a otro lado " es el programa " el precio es Blanco " conducida por lo que queda de aquel maravilloso relator de partidos de futbol Don Angel Fernandez, y así el esquema se repite a lo largo del día, esto sin contar con que nosotros padres modernos, logremos que nuestros hijos apaguen el televisor a las diez de la noche, pues en caso de no hacerlo el rubor subirá a nuestras mejillas cuando nuestros pequeños nos comenten cualquiera de las series de adultos que aún a los menos mojigatos nos espantarian, sobre todo para los millones de niños que como parte del pueblo de México tienen derecho a estar correctamente informados sobre su cultura y lo que acontece en una Nación que al final de cuentas ellos tendrán la opción de dirigir en un futuro muy cercano.

El verdadero sistema penal es el que opera al margen de la legalidad y sin base en el Derecho Penal formal, en tanto que el Derecho Penal formal y la selectivísima operatividad del sistema penal dentro de sus causas no son más que el pretexto para la publicidad masiva sustentadora del primero. (Hasta recientemente no nos habíamos percatado de este fenómeno en toda su magnitud, debido al condicionamiento internacionalizado del discurso perverso. Creímos que había un " sistema penal subterráneo ", que ahora persivimos como el verdadero sistema penal).

El verdadero control social punitivo no pasa por el Derecho Penal formal (que cumpliría una función de prevención general en la que no creemos), sino que la acción policial que opera al margen de toda legalidad. Prueba de ello es la experiencia cotidiana y hasta el sentido común : La mayoría de los habitantes sentimos temor ante el terrorismo del Estado, ante la violencia policial irresponsable, ante la extorsión policial, por jugar, por no tener un foquillo del carro, por conversar con una mujer en un parque, por beber con los amigos, etc.

DISTINCION ENTRE SISTEMA PENAL Y DERECHO PENAL

El control social punitivo, al margen de toda legalidad, fue siempre una pieza clave y bajo un impresionante sistema de publicidad. Cuando más irracional es un fenómeno social, mayor es la propaganda requerida para ocultar su naturaleza y necesariamente mayor puede ser el nivel de abstracción teórica razonable de la justificación. Esta regla, es la que se está cumpliendo en los sistemas penales.

Es obvio, que va perdiendo racionalidad y su función justificante se reemplaza por la creciente propaganda que el propio sistema penal instrumenta a través de los medios masivos de comunicación social.

Al tomar conciencia de esta situación no nos resta otro camino que negar legitimidad penal y preparar una urgente reversión, apelando a la auténtica intervención racional penal logrando que invierta con realismo el enunciado de los principios del Derecho Penal.

Ahora bien, cabe mencionar una distinción entre Sistema Penal y Derecho Penal.

El Sistema Penal se divide en acusatorio, inquisitivo y mixto.

El Sistema Penal acusatorio consiste en las características fundamentales del Sistema Penal acusatorio, que le distinguen del inquisitorio y del mixto y que claramente lo definen son :

- 1.- Libertad de acusación, que se traduce en el Derecho a formularla concedido a todos los ciudadanos,
- 2.- Libertad de defensa, sin trabas en todos los momentos del proceso,
- 3.- Publicidad y oralidad del procedimiento,
- 4.- Posibilidad de recurrar al Juez,
- 5.- Intervención del elemento popular en el proceso, y

6.- Libre convicción del juzgador en cuanto a la apreciación de las pruebas.

El Sistema Penal inquisitivo, presenta las características siguientes :

PRIMERA.- Monopolio de la acusación por determinados funcionarios (en representación del interés social), que constituyen el Ministerio Público,

SEGUNDA.- Procedimiento secreto,

TERCERA.- Falta de contradicción de parte del inculpado,

CUARTO .- Procedimiento escrito sin debate oral,

QUINTA .- Institución de Jueces permanentes sin que se admita la posibilidad legal de recurrarlos, impuestos por el poder social,

SEXTA .- Prueba legal.

Y el Sistema Penal mixto, es el sistema que representa una combinación de elementos de los sistemas acusatorio e inquisitivo.

En su desarrollo se divide en dos grandes periodos, el de instrucción y el de Juicio (y olerario), el primero, con las características del sistema inquisitivo y el segundo con el del acusatorio.

El Sistema Penal mixto ofrece particulares caracteres en los diversos países en que ha sido adoptado.

Y el Derecho Penal es el complejo de las normas del Derecho Positivo destinadas a la definición de los delitos y fijación de las sanciones.

Denomínese por algunos autores Derecho Criminal. (21)

Más adecuado a la realidad es postular junto a la intervención mínima del Sistema Penal, no debe existir lesión pero si existiera la lesión mínima a la legalidad teniendo en cuenta que este sistema siempre se las ingeniará para violarla nunca

(21) RAFAEL DE PINA VARA OP CIT 229.

habrá una garantía de legalidad en el Sistema Penal, sino que, "mientras el Sistema Penal subsista, la única garantía posible será la de un esfuerzo constante y dinámico en proceso de una lesión menor a la legalidad en su operatividad práctica, inevitablemente lesiva de la misma".

El afán por garantizar los derechos de quienes quedan entrampados en el proceso selectivísimo del Sistema Penal formal ha impedido percibir la general violación a la legalidad propia de la estructura del Sistema Penal, material o real. Esto se ha producido como resultado de una confusión de niveles que favoreció el desarrollo del discurso encubridor :

- a).- Una cosa es procurar que se respete la legalidad respecto de los vulnerables al Sistema Penal formal,
- b).- Otra diferente es pretender que el Sistema Penal, que en general usa la legalidad como pretexto para violarla, respeta en los hechos la legalidad. Lo primero es una necesidad y son legítimos todos los esfuerzos en ese sentido.

1.6 LEGALIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS

En un sistema político democrático representativo, sustentado en la soberanía del pueblo, todo acto del poder público constituido tiene que ser necesariamente benéfico para la sociedad, en consecuencia, debe ser en términos absolutos, respetuoso de los Derechos Humanos.

Las actividades del poder público constituido tienen una dimensión específica que puede ser legislativa, judicial o ejecutiva. Esta especificidad es la que da fundamento en las diversas constituciones, a la división de poderes.

En este orden de ideas, todos los actos emanados de cualquiera de los poderes deben estar regidos por una legalidad.

Por cuanto a los actos provenientes de la potestad punitiva estatal, éstos se manifiestan en las tres instancias de poder público : legislativo, judicial y ejecutivo al igual que cualquier

acto de autoridad debe ceñirse a la legalidad.

En este universo de legalidad, rector de la función punitiva, es imprescindible distinguir entre legalidad material y legalidad formal.

La legalidad formal se refiere, al órgano y a las formalidades que éste debe cumplir al ejercer el ius puniendi propio de su esfera de atribuciones.

El órgano competente para crear la norma penal general y abstracta es el Poder Legislativo, únicamente de él puede emanar la Ley expresiva de aquello. En cuanto a las formalidades que se deben satisfacer en el ejercicio de la facultad legislativa se encuentran perfectamente definidas en los textos constitucionales.

El órgano facultado para interpretar y ejecutar la norma penal individual y concreto, es el Poder Judicial.

Este órgano debe cumplir con todas las formalidades del enjuiciamiento penal que están previstas en las normas constitucionales y en las leyes secundarias, formalidades que van desde la denuncia o querrela hasta la sentencia penal.

La legalidad formal esta también referida al órgano que tiene a su cargo la ejecución de la norma penal individual y concreto, que en México, es el Poder Ejecutivo. La ejecución deberá ceñirse a las formalidades establecidas, tanto en los textos constitucionales como en las normas de carácter secundario.

La legalidad material constituye dos niveles conceptuales : El de la elaboración de las normas penales generales y abstractas, y la creación de las normas penales individuales y concretas y del de la aplicación judicial de las normas penales, generales y abstractas, y ejecución de las normas individuales y concretas.

En atención a la legalidad material (principio de legalidad) el legislador debe atacar la exigencia de que toda norma general y abstracta debe ser previa, escrita, estricta y legítima.

Por norma penal debe entenderse una estructura conceptual, general y abstracta, cuyo contenido describe en forma necesaria y suficiente una determinada clase de eventos antisociales y la

correspondiente posibilidad de privación o restricción de bienes del sujeto que realice un evento de la clase descrita.

La norma penal no se identifica con los textos legales, éstos son únicamente formulas lingüísticas, elaboradas por el legislador para expresar aquellas.

Ahora bien, las normas penales han de ser previas a la realización del delito o del hecho típico injustificado y peligroso, solo así se satisfará la garantía de seguridad jurídica consistente en que :

Ninguna conducta puede ser considerada delictiva si no esta previamente establecida como tal en una norma penal, y nadie puede ser sometido a una pena que no esté previamente dispuesta en una norma penal como consecuencia de este postulado, no es admisible la aplicación retroactiva de una norma penal cuando esa aplicación es desfavorable.

La irretroactividad de la Ley forma parte de la legalidad misma, es una reafirmación de la garantía de la seguridad jurídica antes expresada.

La aplicación retroactiva de la Ley dejaría al ser humano en una incertidumbre sobre la prohibición penal.

Las normas penales, además de previas, han de ser escritas, es decir, los textos legales expresivos de las normas penales han de ser formulados por medio de un lenguaje escrito. Por ende no son aceptables como normas penales las de origen consuetudinarios. La costumbre no fundamenta delitos ni penas.

Por exigencia de la legalidad material, las normas penales deben ser estrictas y por lo mismo, no deben propiciar ni la analogía ni la mayoría de razón. Las normas penales serán estrictas solo si satisfacen los principios de generalización y diferenciación. La generalización postula que toda norma penal sea lo suficientemente amplia para que ninguna particular y concreta acción u omisión antisocial de la clase descrita quede excluida, a su vez, la deferenciación exige que toda norma penal sea lo suficientemente clara y precisa para que ninguna en particular y concreta acción u omisión que no pertenece a esa clase, quede incluida.

En atención a la legitimidad requerida por la legalidad material, se puede afirmar lo siguiente :

El legislador para poder ejercer el ius puniendi (a) en beneficio de la comunidad debe estar legitimado en dos sentidos : en cuanto al contenido de la norma y en cuanto a la decisión política de elaborar la norma. En el primer caso esta legitimado cuando existe la necesidad social derivada de la comisión de conductas antisociales y, en cuanto al segundo, cuando después de ponderar toda la constelación de variables en pro y en contra, encuentra que la nueva norma no traerá consecuencias contraproducentes en la realidad social. Si el legislador carece de legitimación en cualquiera de los dos sentidos apuntados, no debe elaborar la norma.

Ahora bien, el legislador esta legitimado para prohibir penalmente lo antisocial y no lo está para prohibir lo que no es antisocial.

En consecuencia, está legitimado para culminar penalmente los eventos dolosos y los culposos, mas no esta legitimado para culminar lo fortuito, esta legitimado para penalizar las conductas que lesionen o ponen en peligro intereses de indole social, pero no lo está en relación a las conductas inocuas que ni lesionan ni ponen en peligro intereses, está legitimado para prohibir penalmente las conductas que se realizan sin necesidad, y no lo está para prohibir lo que se realiza por necesidad. Esto significa que el legislador no debe sobre pasar los límites que le marca la necesidad social.

La legitimación es un requisito ineludible para la creación del tipo y para el establecimiento de la punibilidad, por tanto es una exigencia del contenido total de la norma penal.

Vale afirmar que las norma penales : En el específico tipo deben describir, con toda precisión las diversas clases de acciones u omisiones antisociales tal como se ejecutan en la realidad social y en la punibilidad deben reflejar la clase de antisocialidad descrita en el corriente tipo ya que necesariamente debe haber proporcionalidad entre la gravedad de la antisocialidad y la correspondiente punibilidad.

En consecuencia si se acepta que entre adultos y menores y entre imputables e inimputables permanentes existen diferencias

trascendentes, es obvio que tales diferencias deben ser recogidas en las normas, por tal razón el legislador esta obligado a elaborar dos grandes categorías en normas penales para los adultos imputables :

- 1.- Normas penales para adultos imputables, y
- 2.- Legislar para menores infractores, que resultan ser inimputables.

Yo observo que las normas formuladas para los menores son normas penales en todo su contenido, pues por una parte describen acciones y omisiones antisociales y , por otra, en su culminación ejecutiva se manifiestan como privación o restricción coactiva de bienes del menor.

Las normas penales para imputables pueden ser de acción y omisión y son clasificadas en :

- 1.- Normas penales dolosas de lesión (consumación),
- 2.- Normas penales culposas de lesión (consumación),
- 3.- Normas penales dolosas de puesta en peligro (tentativa),

Las normas penales para inimputables permanentes solo pueden ser dolosas y de acción, y son clasificables en :

- 1.- Normas penales dolosas de lesión (consumación),
- 2.- Normas penales dolosas de puesta en peligro (tentativa).

Es válido afirmar que el principio " nullum crimen, nulla pena sine lege praevia, scripta stricta et legitima " (33) incluye los cuatro postulados siguientes :

- 1.- No hay delito sin tipo,
- 2.- No hay hecho típico injustificado y peligroso sin tipo,
- 3.- No hay punición ni pena sin punibilidad,

(33) NULO EL CRIMEN. NULA LA PENA. SIN LEY PREVIA. ESCRITA E STRICTA Y LEGITIMA.

4.- No hay aplicación ni ejecución de medidas de seguridad sin medidas de seguridad legisladas.

En virtud de la legalidad material y específicamente en orden al requisito de que la norma penal general y abstracta a de ser previa, el órgano jurisdiccional esta impedido para iniciar un enjuiciamiento penal si no existe, con anterioridad al hecho, un tipo penal que contemple el caso concreto; así mismo para determinar la punición requiere la existencia previa de la punibilidad. Lo anterior en razón de que todo Juicio Penal deberá regirse desde el primer momento por un tipo y una punibilidad exactamente aplicable.

Con fundamento en el mismo principio no creará la norma penal individual y concreta mediante la aplicación retroactiva de la norma penal, elaborada por el legislador.

Por otra parte, por la exigencia de que la Ley sea escrita, le está prohibido tomar en cuenta normas de carácter consuetudinario y, por lo mismo, no debe desviarse, de la norma penal escrita. A su vez, la norma penal por adecuación al delito e interpretada por el Juez en la sentencia deberá ser igualmente por escrito.

El postulado de que las normas penales sean estrictas, queda al juzgador la integración por la analogía de razón de la norma general y abstracta. En ningún caso puede elaborar la norma penal individual y concreta en base a la analogía por mayoría de razón.

La norma penal individualizada, que emergente de la sentencia penal también debe ser estricta. Por lo que respecta a la legitimación en el ámbito judicial, ésta se encuentra determinada por la necesidad social que, en el caso concreto surge de la comisión de un delito plenamente probado.

Al igual que el legislador y el juzgador el órgano ejecutor debe cumplir estrictamente con la legalidad material para que su actividad sea materialmente legal, es imprescindible la existencia previa de la norma penal individualizada emitida por escrito y en forma estricta.

La legitimación de la pena esta determinada por la subsistencia del delito plenamente probado, en razón de que si después de la cosa juzgada surgen pruebas que ponen en duda la legitimidad de la sentencia, la pena no se ejecutará.

Cabe hacer mención que la garantía de la legalidad constituye una de las más trascendentes conquistas del ser humano estructura en el ámbito penal una integral garantía de ser oído y vencido en juicio para los seres humanos, ya que incluyen las exigencias de la Ley previa, estricta y escrita.

Ahora bien, quizá no se ha escuchado en torno a los Derechos Humanos como en la actualidad, y no es precisamente por sus valores intrínsecos, sino por sus constantes violaciones que cimbran a las conciencias o las vuelven indiferentes. A finales del siglo XVIII como consecuencia de la Revolución Francesa, surgió la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, importante documento en donde la trinidad de palabras " Libertad, Igualdad, y Fraternidad ", expresan en síntesis la inquietud de que el Estado reconociera los Derechos fundamentales del ser humano.

Los Derechos fundamentales del Hombre basados en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, independientemente de toda consideración de raza, sexo, idioma o religión, y sin que tales Derechos pudieran en forma alguna considerarse como concesiones del Estado.

1.7 OBTENCIÓN DE MAYORÍA DE EDAD Y SUS EXCEPCIONES :

La mayoría de edad se obtiene a partir de los 18 años, esto fue a partir del sexenio del Lic. Luis Echeverría por considerar que a partir de esta edad existe conciencia para colaborar en la elección popular. Anteriormente se manejaba la mayoría de edad a partir de los 21 años.

Las normas consagran los principios que rigen y orientan la Administración de Justicia y que garantizan la igualdad.

La Justicia junto con la Libertad es el valor supremo de la convivencia social y del Derecho.

Ahora bien, empezaremos con principios filosóficos " los valores más elevados " y son los principios de valor universal como son la vida, la salud, la familia, etc., estos principios filosóficos cuando son respetados y garantizados como un derecho de convivencia y de igualdad nos conducirían a un mundo fuerte y

feliz, y la Ley, no solo se preocuparía por casos pequeños dándole intervención al "pardon, remission of debt". (34)

Ahora bien, todos los Derechos Humanos van otorgados al ser humano, sin marcar una distinción de éstos entre mayores y menores de edad. En la vida cotidiana podemos contemplar las múltiples diferencias de derechos de un adulto capaz y un menor. Las diferentes leyes tienen artículos exclusivos para el menor, y como ejemplo podemos citar :

a) El Código Civil, en su artículo 98, en relación con las actas de matrimonio en su fracción I que a continuación se transcribe : " El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictámen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce años ".

Como comentario hacemos notar que la incapacidad del menor es de ejercicio. Esto es : existen dos tipos de capacidades para todas las personas, la de goce y la del ejercicio, entendiéndose por la primera aquella que nos permite ser titulares de derechos y obligaciones, y la segunda la que nos permite ejercerlos en forma directa. Por tanto, el menor es sujeto de derechos pero no puede ejercitarlos directamente, por lo que carece de capacidad de ejercicio, en consecuencia, el menor es representado por los que ejercen la patria potestad (generalmente sus padres) pero cuando no se encuentra bajo patria potestad o cuando es incompatible la representación del que la ejerza, es necesario que el menor sea representado por un tutor que cuide de su persona y bienes o que solamente lo represente en algún litigio, por ejemplo, en contra de sus padres. En algunos casos, y como comentario, puede ser representado por el Ministerio Público, a partir de los 14 años, y a partir de los 16 años en el Juicio de Amparo.

a) En materia Civil en el capítulo II dice :

" De los requisitos para contraer matrimonio. En el artículo 148. Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce ... ". En esta excepción, los padres dan su autorización, pero nunca intervienen en éste.

Como otra excepción, solo cuando el menor haya cumplido 16 años puede nombrar tutor dativo.

(34) EL PERDON.

El menor debe ser respetado como cualquier persona y puede inclusive exigir que se cumplan con sus derechos, reclamándoselos a sus propios padres ante los Jueces familiares.

Medios del menor de hacer valer sus derechos, en el Código de procedimientos civiles se establecen los tipos de Juicios en que el menor puede exigir sus derechos (Juicios ordinarios o controversias de orden familiar) pudiéndose hacer representar por los que ejercen la patria potestad, por su tutor o por el Ministerio Público.

b) La Ley Federal del Trabajo en su título quinto bis hace una mención del trabajo de los menores. Especifica la Ley que los mayores de catorce y menores de dieciseis están sujetos a una inspección del trabajo y una vigilancia estricta por medio de estos. Mencionando medidas de protección para los menores de dieciseis como jornada máxima de seis horas, prohibido su trabajo en expendios de bebidas embriagantes, insalubres, etc. (3)

El Plan de Ayutla en su artículo 33 disponía que los menores de 14 años no podían obligarse en servicios personales sin la intervención de sus padres o tutores, y a la falta de ellos, de la autoridad política, en esta clase de contratos y en los de aprendizaje, refería el precepto constitucional, los padres, tutores o la autoridad política, en su caso, fijarían el tiempo que habrá de durar, el cual no podía exceder de cinco años, las horas en que diariamente se habría de emplear al menor. Se establecía, también que dichos representantes se reservarían el derecho de anular el contrato siempre que el menor fuere objeto de malos tratamientos en su trabajo, no se proveyera a sus necesidades según lo convenido, o no se le instruyera convenientemente.

La Carta Magna de 1917, dentro de su avanzada concepción social, provee a los menores de normas tutelares específicas en materia de trabajo, las cuales se consignan en las Fracciones II, III, V, XII y XVI del artículo 123.

En las dos primeras fracciones antes anotadas se contiene la prohibición a los patrones de utilizar el trabajo de los menores de 14 años y se establece como jornada máxima para los mayores de edad, pero menor de 16, la de 6 horas, sin que pueden ser utilizados en labores insalubres o peligrosas, ni en el trabajo nocturno industrial o de cualquier otra especie después de las diez de la noche.

c) En materia penal, actualmente se hizo una nueva Ley, " Ley del Consejo Tutelar para Menores infractores ", (la cual corresponde a nuestro tema). Desde el punto de vista penal, la edad tiene incuestionable importancia, que siempre se le ha reconocido. Infancia, juventud y vejez pueden ser analizadas mirando a la imputabilidad de los sujetos.

Después de estos varios ejemplos citados nos podemos dar una idea de la cantidad de diferencias que existen entre un menor y un mayor.

Entrando directamente a la materia penal que es el tema que nos corresponde podemos afirmar que antiguamente el Código Penal en sus artículos 119, 120, 121, 122 título sexto en capítulo único exclusivamente relacionado con la delincuencia de menores se establecían las medidas y los tipos de reclusión, así, como las formas y procedimientos para que el menor alcanzara su readaptación social de una manera más que privativa de libertad o punitiva, pasó a ser educativa y correctiva.

Actualmente el Código Penal y los legisladores de la materia han considerado este capítulo como una determinada posición y han derogado los artículos arriba mencionados, creando de esta manera, al separarlo, la Ley de los Consejos Tutelares para los Menores Infractores.

" En los consejos tutelares se pretende atacar el mal científicamente combatiendo sus causas aplicando medidas educativas y formativas, o sea, tutelares de los que serán los ciudadanos del mañana, dando intervención a la pedagogía, a la psiquiatría y principalmente al gobierno ".

" Este problema se manifiesta a todo el mundo y es por ello que la ONU ha organizado seminarios y congresos relacionados con las medidas para la prevención del delito íntimamente ligado con los menores de conducta típicamente penal. El referido Código Penal no vigente en el artículo 120 señalaba las medidas cautelares para los menores infractores y que consistían en la reclusión a domicilio, escuelas, hogares honrados, patronatos o instituciones similares, establecimientos médicos o de educación técnica, etc. "

Reafirmando que las medidas que se les aplica a estos menores son correctivas y educativas, nuncce penales, esto se adecúa a

partir de los 7 años hasta los 18 menos un día.

Otro aspecto que puede abordarse con mayor intensidad, es la detección - investigación de casos de maltrato a menores de edad, donde pueda existir abuso de padres, padrastros, tutores o personas allegadas a las víctimas. El Derecho Tutelar puede ser un canal de denuncia institucional de abusos de esta índole, particularmente cuando se ciernen sobre infantes.

La capacidad de prevención y de rehabilitación del sistema tutelar y la filosofía de humanismos y solidaridad social a que nos convoca, constituyen pilares para una permanente acción evaluadora que perfile enfoques más creativos para abordar la compleja realidad de nuestro tiempo. Ayudar a los jóvenes y niños que se encuentran en etapa de predelinuencia, no es privativo de la institución tutelar, que por sí misma no puede alterar las condiciones del entorno social, pues en esta labor deben compartirse responsabilidades por otras instituciones y los buenos ciudadanos de la República. Rescatar la dignidad de menores infractores y reencauzarlos, seguirá siendo una nobilísima tarea que merece el mayor reconocimiento de la colectividad.

El estar especialmente interesados en la problemática del menor implica una amplia cobertura de fenómenos que todos ellos influyen o afectan de alguna manera el crecimiento, desarrollo y socialización del individuo. Estos fenómenos pueden considerarse de índole familiar, económica, política, educativa y laboral; que en su conjunto nos dan idea de la multifactorialidad del hecho, que puede redundar en la adaptación, desadaptación o inadaptación del sujeto.

No es la primera vez que se ponen en tela de juicio las acciones que se plantean y se desarrollan con los menores que presentan desviaciones de conducta social, esta en aumento cuantitativo y cualitativo.

Consideramos que el error principal en las acciones esta en sus defectuosas bases de conocimiento, o en el mejor de los casos, de la imprecisión que se tiene de las condiciones sociales que dan lugar al fenómeno y que deben ser conocidas, fenómeno que exige ser enfrentado en toda su magnitud y significado.

No podemos soslayar que el Consejo Tutelar para Menores debe sufrir una revisión en su posible validez constitucional,

jurídica, familiar y sobre Derechos Humanos.

La documentación que existe de legislación que incide en la atención del menor es abundante y cambia en la amplitud de temas referentes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de Amparo, Agraria, Ley Federal del Trabajo, Ley de Seguridad Social, Reglamentos de Salud Pública, Ley Federal de Educación, Ley Federal de Radio y Televisión y otras. Es decir, la Ley y los Reglamentos existen, pueden ser actualizados y aplicarse, pero ¿qué es lo que ocurre? Ocurre que en materia de investigación social respecto al tema que nos preocupa estamos no tan solo atrasados, sino aún pendientes de iniciar esta labor, que de su futuro conocimiento dependen las bases de comprensión.

C A P I T U L O I I
*** EL JUICIO DE AMPARO ***

- 2.1 **CONCEPTO Y NACIMIENTO DEL AMPARO.**
- 2.2 **PRINCIPIOS GENERALES Y PRINCIPIOS DEL AMPARO.**
- 2.3 **CONTENIDO DEL AMPARO.**
- 2.4 **HECHOS, CONDUCTA, ACTO Y NORMA.**
- 2.5 **LEGITIMACION EN EL AMPARO.**
- 2.6 **AMPARO CONTRA LEY.**
- 2.7 **UN ENFOQUE REFERENTE A LA LEY DE LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES.**

* CAPITULO II *

2.1 CONCEPTO Y NACIMIENTO DEL AMPARO

El concepto del Juicio de Amparo debe comprender, por ende, todas las características que constituyen su esencia jurídica institucional, misma que se refieren a las notas en que se traduce su genero próximo y a las que implican su diferencia específica.

El Amparo es un medio jurídico que preserva las garantías constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole que garantiza en favor del particular el sistema competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estados Unidos, y que, por último, protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria, con vista a una garantía de legalidad consignada en los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental y en función del interés jurídico particular del gobierno. (1)

Por lo tanto, el Amparo es un medio jurídico de tutela al individuo basado en el control de la legalidad y consecuentemente de la Constitución y de tutela indirecta de la Ley secundaria, preservando, bajo este último aspecto y de manera extraordinaria y definitiva, todo el derecho positivo.

El Amparo se lleva acabo por un procedimiento jurisdiccional, invocado por el particular agraviado por cualquier acto de autoridad que origine la contravención a alguna garantía constitucional (y por tanto, a la Constitución misma o a la legalidad) o la transgresión a la esfera de competencia entre la Federación y los Estados.

La acción se dirige contra el órgano estatal al que se atribuya el acto infractor (parte demandada).

La sentencia que se dicta en ese procedimiento es la que culmina con el Amparo, al otorgar la protección en favor del gobernado.

El Amparo tiene una finalidad de esencia dualista, al proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad que infrinja la Constitución y, por ende, todo ordenamiento legal

(1) IGNACIO BURROA " EL JUICIO DE AMPARO ", CUARTA EDICION, EDIT. PORRUA, MEXICO, D. F., 1952, P. 173

secundario (el orden constitucional y el normativo no constitucional).

El Amparo es una institución jurídica de índole individual y social al mismo tiempo (de orden privado y de orden público y social).

Privado.- Porque tutela los derechos constitucionales del gobernado en particular.

Público y Social.- Ejemplo debido a que tiende a hacer efectivo el imperio de la Constitución y de la Ley frente a cualquier autoridad y su interés social se refiere a que sin el respeto a la Constitución y ni a la Ley, se destruirá el régimen de derecho dentro del que deben funcionar todas las autoridades del país.

Vallarta, Ilustre Jurisconsulto; consideraba al Amparo como " el proceso legal intentado para recuperar sumariamente cualquiera de los Derechos del Hombre consignados en la Constitución y atacados por una autoridad de cualquiera categoría que sea, o para eximirse de la obediencia de una Ley o mandato de una autoridad que ha invadido la esfera Federal o local respectivamente. (2)

Vallarta sobre el Amparo se ajusta a la interpretación literal del artículo 101 de la Constitución de 1857, (3) y se puede estimar como una institución jurídica de tutela omnicompreensiva del gobierno frente al poder público.

La procedencia subjetiva del Amparo se vincula estrecha e inseparablemente a la idea de gobernado, por tanto, aunque nuestro Juicio de Amparo nació dentro de un régimen individualista y se le reputo como un medio protector de los llamados " Derechos del Hombre " que en él implicaron " la base y el objeto de las instituciones sociales (4) la evolución de su naturaleza jurídica se ha desarrollado paralelamente a la transformación del régimen político, social y económico de México. En efecto, si dentro del concepto de " gobernado " no solo se incluye como ya se dijo al individuo en particular, sino a entidades de distinto carácter que hemos mencionado y que han ido surgiendo en el devenir progresivo de la vida de nuestro país, el Amparo ha extendido su procedencia subjetiva, o sea, se ha convertido en un medio jurídico para proteger a una variada gama de sujetos contra

(2) EL JUICIO DE AMPARO Y EL WRIT OF HABEAS CORPUS, P. 39

(3) CONCORDIA EXACTAMENTE CON EL ARTICULO 103 DE LA CONSTITUCION DEL 17

(4) ARTICULO 1 DE LA CONSTITUCION DE 1857.

todo acto de autoridad violatorio de la Constitución. Por ello, dicho Juicio ha dejado de ser una institución exclusivamente individualista para ostentarse en la actualidad como un proceso que brinda su tutela a todo ente que se encuentre en la situación de gobernado, sin importar el cambio social, político o económico en que se haya creado y se desenvuelva.

Por consiguiente la procedencia subjetiva del Amparo (sujeto que puede promoverlo, es decir, cualquier gobernado) y su procedencia objetiva (contra que y con motivo de que se promueve, o sea, contra todo acto de autoridad violatorio de la Constitución - control constitucional - de la legislación secundaria en general - control de la legalidad -), se conjugan inseparablemente en la naturaleza jurídica de nuestra institución, caracterizándola como un medio que dispone todo gobernado para obtener, en su beneficio, la protección íntegra del orden de Derecho Mexicano.

Dentro del concepto de " acto de autoridad ". (es aquel que emite un funcionario o un órgano del Estado debidamente sustentado con facultad de decisión y ejecución en forma unilateral, imperativa, coercitiva, general o particular) se comprenden las leyes, los reglamentos, los actos administrativos de toda índole, los actos judiciales (resoluciones judiciales en general) y los actos jurisdiccionales (sentencias sobre cualquier materia y laudos arbitrales). Por ende, todos estos tipos de actos de autoridad son susceptibles de impugnarse mediante el Amparo.

El Amparo es una institución procesa que tiene por objeto proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad (lato sensu y estricto sensu) y que en detrimento de sus derechos viole la Constitución.

Esta misma idea, expresada en otros terminos, nos describe al Amparo como una institución jurídica de tutela directa de la Constitución e indirecta y extraordinaria de la legislación secundaria (control constitucional y legal) que se traduce en un procedimiento autónomo de carácter contencioso (control jurisdiccional en vía de acción) y que tiene por objeto invalidar, en relación con el gobernado en particular y a instancia de éste, cualquier acto de autoridad (lato sensu y estricto sensu) inconstitucional o ilegal que lo agravie.

Las notas esenciales de nuestro Juicio constitucional pueden

conjugarse en la siguiente descripción : El Amparo es un Juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales Federales contra todo acto de autoridad (lato sensu y estricto sensu) que le causa un agravio en su esfera jurídica y que considera lo contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucional o ilegalidad en el caso concreto que lo origine.

Esta descripción conceptual de Amparo lo sitúa evidentemente dentro de los sistemas de control constitucional por órgano jurisdiccional y en vía jurisdiccional activa.

En efecto, cada uno de los atributos de estos sistemas y que mencionamos anteriormente lo presenta nuestra institución, a saber :

a) Del Amparo conocen los órganos Judiciales Federales del Estado, o sea, los tribunales de la Federación. (5)

b) La promoción del Amparo solo incumbe al gobernado que ha sufrido o teme sufrir inminentemente un agravio en su esfera jurídica por cualquier acto de autoridad que estime inconstitucional, habiendo advertido que la inconstitucionalidad se manifiesta, bien en la contravención de alguna garantía individual o en la infracción de la garantía de legalidad instituida primordialmente en los artículos 14 y 16 de la Ley Suprema (6) y a través de la cual se tutela toda la Constitución y todo el Derecho Positivo Mexicano, control de legalidad y de constitucionalidad, así como en la interferencia al sistema competencial existente entre las autoridades federales y las locales.

c) El Amparo, desde sus orígenes, siempre ha sido un auténtico Juicio, es decir, es un proceso en que el órgano de control debe dirimir la controversia jurídica que consiste en si el acto de autoridad (lato sensu y estricto sensu) que se impugne es o no violatorio de la Constitución de los términos señalados en el inciso anterior, controversia que se suscita entre el gobernado que resulte agraviado por dicho acto y la autoridad del Estado del que éste proviene.

d) Las sentencias que en tal Juicio o proceso dicta el órgano de control impartiendo la protección al gobernado contra el acto

(5) PUEDEN CONOCER TAMBIEN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE CARACTER LOCAL

(6) VEASE EL CAPITULO III EN EL INCISO 8.5

estricto tiene eficacia en el caso concreto de que se trate.

Expondremos algunas concepciones que sobre el Amparo se han elaborado, no sin indicar que tienen elementos comunes y diferentes puntos de contacto en lo que atañe a la implicación jurídica de nuestra institución de control.

- Héctor Fix Zamudio : " Trilogía estructural " y a la que agrega el tipo " Amparo Administrativo ". Según dicho autor, existen el " Amparo como defensa de los derechos de libertad ", " Amparo contra Leyes ", " Amparo en materia Judicial ".

El Amparo afirma que se traduce en : " Un procedimiento

armónico, ordenado a la composición de los conflictos suscitados entre las autoridades y las personas individuales y colectivas por violación desconocimiento e incertidumbre de la normas fundamentales ". (7)

Yo opino que en vez de que sea una composición de los conflictos suscitados, a mi punto de vista debe se una anulación de los actos de autoridad inconstitucionales.

Juventino V. Castro : Nos dice que el Amparo es un proceso concentrado de anulación - de naturaleza constitucional promovido por vía de la acción, reclamándose actos de autoridad y que tiene como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra garantías expresamente reconocidas en la Constitución, contra los actos conculcatorios de dichas garantías contra la inexacta y definitiva atribución de la Ley al caso concreto, o contra las invaciones recíprocas de las soberanías ya federal, ya estatales, que agraven directamente a los quejosos, produciendo la sentencia que conceda a los quejosos la protección y el efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada - si el acto es de carácter positivo - o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada, cumpliendo con lo que ella exige - si es de carácter negativo " (8)

El Amparo procede contra cualquier acto de autoridad lato sensu y estricto sensu que, en detrimento de cualquier gobernado, viole la Constitución de la República y que su finalidad estriba en anular dicho acto.

- Don Ignacio L. Vallarta : Estima que : " El Amparo puede definirse diciendo que es el proceso legal intentado para

(7) EL JUICIO DE AMPARO, PAGOS. 187 Y 188

(8) LECCIONES DE GARANTIAS Y AMPARO EDICION 1974, PAGOS. 229 Y 300

recuperar sumariamente cualquiera de los Derechos del Hombre consignados en la Constitución y atacados por una autoridad de cualquier categoría que sea, o para eximirse de la obediencia de una Ley o mandato de una autoridad que ha invadido la esfera federal o local respectivamente. (9)

Vallarta en la recuperación sumaria de los Derechos del Hombre establecidos en la Constitución frente a cualquier acto de autoridad hizo consistir la finalidad de Amparo.

Nuestro Juicio de Amparo, aunque se incubo en un ambiente ideológico individualista y liberal, a través de su centenaria vida ha ido asumiendo aspectos de procedencia y teológicos que le adscriben una tónica francamente social, al ostentarse como una institución que preserva no solo a las personas físicas o individuales, sino a cualquier ente que se encuentre en la posición del gobernado. (10)

- Alfonso Noriega - nos dice : " El Amparo es un sistema de defensa de la Constitución y de las garantías individuales de tipo jurisdiccional, por vía de acción, que se transmite en forma de Juicio ante el poder Judicial Federal y que tiene como materia leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, o impliquen una invasión de la soberanía de la Federación en la de los Estados o viceversa y que tiene como efectos de nulidad del acto reclamado y la reposición del goce en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación ".

- Octavio A. Hernández : " El Amparo es una de las garantías componentes del contenido de la jurisdicción constitucional mexicana, que se manifiesta y realiza en un proceso judicial extraordinario, constitucional y legalmente reglamentado, que se sigue por vía de acción y cuyo objeto es que el Poder Judicial de la Federación o los órganos auxiliares de éste vigilen imperativamente la actividad de las autoridades, a fin de asegurar por parte de esta y en beneficio de quien pida el Amparo, directamente el respeto a la Constitución e indirectamente a las leyes ordinarias en los casos que la propia Constitución y su Ley reglamentaria prevén ". (11)

Contiene el error de afirmar que el Poder Judicial de la Federación o sus órganos auxiliares mediante el Amparo " vigilen imperativamente ", la actividad de las autoridades, puesto que

(9) EL JUICIO DE AMPARO Y EL WRIT OF HABEAS CORPUS EDICION 1981.
P. 80

(10) SINDICATOS DE TRABAJADORES, LAS COMUNIDADES AGRARIAS, ETC.

(11) CURSO DE AMPARO P. 16

nuestro Juicio Constitucional no tiene por objeto la "vigilancia" de dicha actividad sino su anulación o invalidación cuando se manifiesta en actos de autoridad estricto sensu, o la dispensa del cumplimiento de la Ley Constitucional reclamada en el caso concreto de que se trate.

- Silvestre Moreno Cora : (12) "Una institución de carácter político, que tiene por objeto proteger, bajo las formas tutelares de un procedimiento judicial, las garantías que la Constitución otorga o mantener y conservar el equilibrio entre los derechos de los individuos." (13)

La concepción de Moreno Cora comprende todos los elementos de procedencia y teológicos del Juicio de Amparo, tal como se encuentran instituidos constitucionalmente. El "carácter político" que tan destacado autor atribuye al Amparo, obedece, a las ideas que con mucha antelación expresó el no menos ilustre Manuel Dublam, para quien "lo político" del Amparo consiste en ser un proceso al través del cual los tribunales de la Federación pueden enjuiciar las leyes y los actos de las otras autoridades del Estado y no simplemente resolver controversias civiles entre particulares o casos de aplicación de las leyes penales. Si se toma en cuenta la aceptación que de la locución "Institución Política", procedían los dos mencionados juristas, el calificativo de "Político" imputado a nuestro Juicio de Amparo no es de ninguna manera indebido ni erróneo, equivaliendo a tantas otras expresiones que autores posteriores han adjudicado a nuestra institución de control, tales como las de "Jurisdicción Constitucional", "Defensa de la Constitución y Justicia Constitucional". (14)

Ahora bien, tomando en cuenta que todas y cada una de las expresiones anteriores tienen algo en común "agraviados los Derechos del Hombre" podemos tomar lo más importante de cada uno y propongo nuestra propia definición.

"El Amparo es una institución jurisdiccional originada en una norma constitucional de carácter político que tiene por objeto enfrentarse al más angustioso problema de la administración de justicia que consiste en el exacto equilibrio entre los diversos poderes que gobiernan la Nación protegiendo bajo formas tutelares las garantías y los derechos del individuo que se ven ofendidos o agaviados por las invasiones de éstos."

(12) MEJOR DEFINICION PARA IONACIO BURGOA

(13) TRATADO DEL JUICIO DE AMPARO EDICION 1902, P. 49

(14) COMENTARIO IONACIO BURGOA "NATURALEZA Y CONCEPTOS JURIDICOS DEL JUICIO DE AMPARO", TERCERA EDICION, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, D. F., 1961, P. 178

2.2 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL JUICIO DE AMPARO

El Juicio de Amparo : Es el medio de defensa que tiene el gobernado para enfrentarse al gobernante (Poder Público), y haga a éste respetar la Constitución. Podemos decir que la Constitución es la voluntad del pueblo elevada a la categoría de norma.

La esencia de nuestro Juicio de Amparo la encontramos en el artículo 103 y 107 de la Constitución y en la Ley de Amparo y su razón de ser se justifica en la Justicia. La libertad de cada uno termina donde empieza la libertad de los demás. El hombre se autonombró, se autolimitó, se dió reglas de conducta y se obligó a respetar sus normas, así surge el Derecho como conjunto de normas, que el pueblo en ejercicio de su soberanía. Como Lenin (45) dijo que la soberanía es el poder que no reconoce encima de sí a ningún otro poder, pues el pueblo titular de la soberanía se autolimitó, se dió normas de conducta y adoptó un sistema de vida. Nosotros adoptamos la República; cuando el hombre se autolimita se autolimita cuando da cierto sentido a su vida como la República se autodetermina que es a través de la Constitución, y la Constitución es la objetivación normativa de la voluntad popular.

Ahora bien, para defenderse del gobernante que es el ente que hemos creado dotándolo de inmenso poder y que éste abuse del poder y someta al pueblo, y de éste, podemos defendernos con el Juicio Constitucional o Juicio de Garantías, conocido como el Juicio de Amparo.

El juicio de Amparo solamente funciona cuando el gobernante viola la Constitución sobre el gobernado específicamente, y solamente el gobernado puede acudir al Juicio de Amparo cuando se lesiona la Constitución porque ha sufrido en carne propia dicha lesión.

El Juicio de Amparo solamente existirá en la lucha del gobernante y del gobernado para que éste goce de su libertad social, de su dignidad y de sus derechos.

Existen 5 principios que rigen el Juicio de Amparo :

- 1.- El de iniciativa o instancia de parte

(45) EL MAESTRO MINISTRO LIC. ARTURO SERRANO ROBLES. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL JUICIO DE AMPARO.

2.- El de la existencia del agravio personal y directo

3.- El de relatividad de las sentencias

4.- El de definitividad del acto reclamado

5.- Principio de estricto derecho

1. El de iniciativa o instancia de parte.- Consiste en que jamás opera el Juicio de Amparo de oficio, hay que pedirlo, si no hay instancia de parte, sino se promueve el Amparo no funciona. Y en este principio no hay excepciones.

2. El de la existencia del agravio personal y directo.- Consiste en quien lo pida o lo promueva esté sufriendo un agravio personal y directo. Por agravio entendamos como la lección, daño menoscabo que una autoridad infiera a un gobernado, y es necesario que el impacto lo sufra el gobernado que pide el Amparo. Y el agravio se este presentando o sea por inminencia realización. Es necesario que el acto que se impugna en el Amparo agravie en concreto al quejoso.

3. El de la relatividad de las sentencias.- Consiste solamente en que se hay varios gobernantes afectados y uno promueve el Amparo, será el único amparado, el resto recibirán el impacto de la Ley por no haberse amparado individualmente.

Pero según el principio de relatividad del gobernado amparado será el único que escape del imperio de la Ley (Principio de Otero).

Solamente las autoridades contra las cuales se amparó están obligadas a acatar la sentencia de Amparo. Todas aquellas otras autoridades que no hayan sido llamadas a la sentencia del Juicio de Amparo, no acatarán la resolución del Amparo porque de lo contrario las habríamos juzgado sin ellas.

Excepción creada por la Jurisprudencia de la Corte : Todas las autoridades que por virtud de sus funciones tienen intervención en la ejecución del acto que se combatió en el Amparo están obligadas a acatar la sentencia del Juicio de Amparo aunque estas no hayan sido llamadas al Juicio en que esta sentencia se dictó. Es decir, si en atención a sus funciones tiene que intervenir en la ejecución del acto reclamado en el Amparo esta

obligada a anotar la sentencia de Amparo.

4. El de definitividad del acto reclamado.- El Amparo es la última oportunidad de defensa, a él solo se puede llegar si el acto que estamos impugnando es definitivo; solamente es definitivo si no está previsto algún recurso ordinario o un medio de defensa que permitiera impugnarlo. Pero si existiera algún recurso ordinario previsto por las leyes ordinarias que pudieran modificar, anular o revocar el acto de la autoridad hay obligación de agotar ese recurso, sino el Amparo será improcedente.

Excepciones.- Si se trata de actos que tratan peligros de privación de la vida, deportación, destierro, o algunos de los prohibidos por el art. 22 constitucional, aunque haya recursos no hay obligación de agotarlos y se puede ir al Amparo de inmediato.

- Otra excepción es contra el auto de formal prisión no hay obligación de agotar los demás recursos, así lo ha dicho la Jurisprudencia de la Corte, eso impide que se lleven acabo la apelación, pero tiene que decidir si se lleva acabo la apelación o el Amparo, o si no esperar a la resolución de la apelación. Pero nunca la apelación y el Amparo al mismo tiempo.

- Otra excepción sería si no hay emplazamiento en el Juicio, o fue indevidamente o ilegalmente emplazado, puede irse al Amparo.

- Otra excepción sería si no es parte en el Juicio y lo afecta aunque sea un extraño no tiene porque agotar ningún recurso, puede irse de inmediato al Amparo.

- Otra excepción sería si el acto de autoridad carece de fundamentación y motivación, es decir debe estar citado en la resolución que nos agravia el precepto que nos sirve de apoyo. Y motivar el expresar las razones que lo llevaron a la autoridad que lo hizo con apoyo en ese precepto.

Razonar porque se apoya en ese precepto para hacer lo que ha hecho. Por lo tanto no hay obligación de agotar algún recurso. (16)

Otra excepción si se pide Amparo contra la Ley que se nos fue aplicada no estamos obligados a agotar recurso alguno contra el acto concreto de aplicación. Ejemplo una autoridad emite un

(16) ART. 79. FRACC. XV.

acuerdo con apoyo en determinada Ley, y si vamos a impugnar esa Ley no estamos obligados a agotar algún recurso. Por lo tanto consiste en pedir Amparo contra la Ley.

5. Principio de Estricto Derecho.- Consiste en que el juzgador del Amparo para valorar la constitucionalidad del acto que se esta impugnando en el Amparo del acto reclamado, tiene que limitarse a analizar los conceptos de violación que se esgrimen en la demanda. Es decir si el juzgador solamente podrá valorar la constitucionalidad del acto que se combate a través de los conceptos de violación, de manera que si el juzgador se da cuenta de que el acto combatido en el Amparo es inconstitucional, pero por una razón no esgrimina en la demanda, tendrá que negar el Amparo.

El quejoso expresó otra razón, aunque el juzgador le captó su intencionalidad, pero en la demanda no lo expresó, como debe de ser entonces desgraciadamente el juzgador solo tomará en cuenta lo expresado por el quejoso y determinará que no son válidos los argumentos para manifestar alguna inconstitucionalidad.

Por lo tanto el juzgador por más buena voluntad que tenga para amparar al quejoso, no podrá hacerlo porque la demanda no le fue debidamente expresada.

Excepciones.- Rige en cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en una Ley que la Suprema Corte que ha estimado inconstitucional. Cuando ya hay Jurisprudencia de la Corte declarando la inconstitucionalidad de un precepto basta con pedir Amparo contra el acto de aplicación de ese precepto para que el juzgador deba suplir las deficiencias de la queja.

- Otra excepción.- En materia penal, cuando se trate de actos que priven la vida deportación o destierro, en esos casos hay que suplir las deficiencias, en materia penal dice el art. 76 bis aún en ausencia de conceptos de violación y de agravios, en esos casos el quejoso podrá ser amparado con base en razonamientos que el quejoso no tomó en cuenta, pero que el juzgador hace valer de oficio. En materia penal debe suplirse la deficiencia de la queja y en materia laboral si el quejoso es el trabajador porque para el patrón no hay suplencia, porque al patrón se le exige por el principio de Estricto Derecho y al campesino también se le dan más oportunidades como por ejemplo si al quejoso algo se le olvido, el mismo juzgador se lo dice. Se suplen las deficiencias de sus

conceptos de violación en la demanda y se le puede amparar con base a razonamientos que él no expresó.

-Otra excepción.- A los menores o incapaces hay que suplir las deficiencias en que incurran en la expresión de los conceptos de violación y de sus agravios.

- Ultima excepción.- En otras materias (Civil y Administrativa) cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso una violación manifiesta de la Ley que lo ha dejado sin defensa. Es decir del procedimiento, que en el curso del procedimiento se violó la Ley y se le dejó sin defensa; después de haber agotado todos los demás recursos existentes y estos no remedian la violación entonces en los agravios se vuelve a impugnar aquella violación procesal. Porque si no la impugnamos, el tribunal de la Suprema Corte de Justicia no la podrá analizar, porque también para el rige un Estricto Derecho, solo va a analizar los agravios que les esgriman, ahora si el tribunal de Suprema Corte de Justicia tampoco enmienda la plana al Juez y deja en pie aquella violación procesal que confirma la sentencia del Juez que es lo que cabe pues el Amparo directo ante el tribunal colegiado de circuito y ahora se pide Amparo contra esa sentencia y contra el tribunal. (17)

Para Romeo León Orantes, tres factores distintos entre sí, pero iguales en importancia, estimularon y dieron origen al Amparo :

El irresistible influjo de la organización política de los Estados Unidos que para la época de nuestra Independencia había tomado ya solido prestigio tanto en su aspecto general como en lo que se refiere a la organización de los tribunales y a la supremacía de la Constitución esto último como consecuencia de la obra de Marshall, la exaltación del individualismo, producto de la Revolución Francesa, concreta y solemnemente expuesto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la cautica situación en que México vivió las primeras décadas de su vida independiente, agudizada, en cuanto a las personas por las continuas extorsiones, atropellos y ningún respeto a los más elementos derechos, con que se caracterizó el gobierno de Santa Anna, son indudablemente, corrientes sociológicas que a la vez que hicieron factible el nacimiento del Juicio de Amparo, imprimieron en él sus características dándole así origen.

2.3 CONTENIDO DEL AMPARO

El Amparo requiere de la queja, implica contienda contraria, discusión del acto o de la actitud lesivas de un interés Jurídico.

Carnelutt, encontró la relación funcional entre el contenido y el continente del proceso «o» idea que puede ser aprovechada en los procedimientos públicos o privados.

No es el litigio el que produce el proceso, sino la acción, se trata, cabalmente de relación de continencia.

En los procesos fraudulentos existe una falta de correspondencia real entre el continente y el contenido para que no se deforme la institución, ni se implante una forma es necesario retener el principio de adecuación entre continente y contenido.

Puede acontecer que el acto reclamado no exista, que deje de existir al tiempo del procedimiento, que haya sido consentido por el quejoso, que éste no tenga interés jurídico.

Surge precisamente cuando se verifica en concreto aquella circunstancia que hace considerar que la satisfacción del interés substancial tutelado por el derecho no puede ser ya conseguida sin recurrir a la autoridad Judicial. Es decir, cuando se verifica, en concreto la circunstancia que hace indispensable poner en práctica la garantía jurisdiccional. «o»

Carnelutti su idea no es del todo correcta si lo es parcialmente, porque cuando esto acontece, se pierde la relación funcional de continente a contenido y opera la improcedencia del procedimiento conduciendo al sobreesimiento, o declaración de que hay obstáculo para tener el fondo de la queja constitucional o del fondo del litigio si se trata de un verdadero proceso.

El contenido del Amparo es el acto reclamado. Pero éste consiste indistintamente en una Ley un acto en sentido propio o una mera actitud de la responsable.

La discrepancia entre el quejoso y la autoridad responsable, no puede, en consecuencia ser un litigio porque no es un litigio

(10) " TEORIA Y TECNICA DEL AMPARO " TOMO I P. 76

(11) CALAMANDREI - INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL -
TRADUCCION DE SANTIAGO SENTIN MELENDRO. BS. AS. 1943, P. 192

calificador por la exigencia de tutela de un interés preponderante y la resistencia del obligado a satisfacerla. No hay oposición y entendida como enfrentamiento al procedimiento de ejecución, a pesar de que este procedimiento puede originar el Amparo, pero no en vía de oposición sino de incompetencia legal o constitucional.

No existe el negocio, porque el Amparo esta bien lejos de ser un caso de jurisdicción voluntaria, ni cabe el acuerdo porque no se trata de compromiso entre el quejoso y la autoridad responsable más el Juez del Amparo.

En el Amparo el quejoso alega no haber sido tutelado cuando debiera serlo, o hubiese desconocido la tutela que tenía otorgada. Lo primero sucede cuando pretende un título que se le niega en tanto, lo segundo resulta de tener un derecho que ha sido desconocido. Las situaciones no son iguales, pero tienen un punto en común. La falta de tutela debe observarse que el litigio requiere de dos intereses en pugna, son dos situaciones favorables para satisfacer una necesidad que por no poder coexistir se excluyen reciprocamente. Si fuera un solo interés habría controversia, como en lo penal, puesto que aquí no se trata de imponer un interés a otro, sino de un conflicto de opiniones sobre ese interés único.

La relación funcional entre el continente del procedimiento del Amparo y su contenido es pues la de una instancia de querrela constitucional, con una inconformidad sobre el acto, la actitud o la Ley de la responsable, que perjudica el interés jurídico del agraviado. Por ello, el control constitucional no puede ser un proceso; ya que no se trata de derimir un litigio, ni una controversia, ni una oposición a la ejecución. Versa una contienda sobre el ejercicio de las atribuciones que son la competencia de la responsable. (20)

El acto, la actividad o la Ley no pueden ser de prestaciones debidas al particular y mal cumplidas o simplemente incumplidas. No hay tampoco un interés del particular sobre el que la autoridad opine en forma diversa al criterio del particular.

Lo que existe en contraste respecto al acto, actividad o Ley de la autoridad, de ninguna manera en lo tocante al interés del particular o a su derecho. Si estos se ven afectados, es porque completamente lo reclamado impide al particular gozar de su derecho o constituir un derecho en la tutela del interés.

(20) HUMBERTO BRISENO SIERRA IDEM P. 81

---) Contenido.- Del proceso lo es la acción.

---) Continente.- Del proceso lo es el litigio.

Cuando el Juez de primera instancia ha cometido una violación del debido proceso legal durante el transcurso del Juicio el agravio se hace valer en la apelación. En resumidas cuentas : cualquier acto procesal que proporciona a las partes la oportunidad de presentar argumentos jurídicos ante los tribunales, les ofrece la posibilidad de plantear problemas constitucionales. Tal posibilidad existe por tanto no solo en las acciones contra el Estado, como sucede en México con el Amparo, sino también en las acciones entre particulares. Existe en asuntos civiles, penales, administrativos y laborales. (21)

Siempre es interesante acudir a la comparación de instituciones, porque además del conocimiento que se adquiere de formas diversas de resolver los mismos problemas jurídicos es factible penetrar en la sustancialidad de los conceptos. En el presente caso, destacan dos puntos importantes ligados a la tramitación : la competencia de los Jueces estatales y la vía de impugnación.

En cuanto a los juzgadores es conveniente evitar exageraciones, como acontecería si se sostuviera que en México solo los Jueces Federales pueden conocer de la queja y resolverla. Se sabe que ya hay una llamada competencia concurrente en virtud de la cual " La violación de las garantías de los artículos 16 en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa o ante el Juez de distrito que corresponda. (22)

Pero en lo tocante a la vía, se habla de acción y excepción de inconstitucionalidad y sobre ello caben algunas aclaraciones. Desde luego, el Amparo no tiene siempre por objeto la inconstitucionalidad del acto. Se invoca en la demanda una llamada violación de garantías constitucionales, pero este formalismo no significa que, efectivamente haya siempre tal vulneración. Cabe que por la interpretación judicial se niegue un derecho privado (formado entre sujetos privados, como un convenio libremente establecido entre partes) por ello, se diga en la demanda de Amparo, que el que cometió una violación de las garantías del artículo 14 constitucional, puesto que el fallo no se apega a derecho, pero tal argumentación es solo tendiente a hacer entrar en la vía un caso de errónea interpretación del derecho privado.

(21) OP CIT P. 226

(22) ART. 107 FRACC. XII CONSTITUCIONAL

El Amparo es un sistema jurídico específico. Los contenidos : los actos reclamados, pueden variar lo indecible, yendo de lo administrativo a lo legislativo, de lo civil a lo penal, de lo costrense a lo laboral; pero su esquema dinámico es unitario.

Unidad hay cuando desde la Constitución se habla de una breve tramitación que consiste en :

- a) Un escrito que inicie el procedimiento con sendas copias para quienes deben participar según el artículo 5 de la Ley.
- b) Una constancia certificada del acto (el expediente mismo si se encuentra terminado, pero puede faltar si se invoca una Ley publicada en el Diaro Oficial), adicionada con lo que indique el tercer perjudicado.
- c) El escrito de éste, el del Ministerio Público y el informe de la autoridad responsable.

Estos elementos suficientes para el Amparo directo (23) son completados con una audiencia en que se reciban pruebas y alegatos de las partes en el Amparo indirecto. (24)

No hay variación alguna, no hay falta del sistema legal. Un procedimiento que resulta adecuado a la queja, sea cualquiera organización judicial particular y no puede pedirse que como en Norteamérica, todo Juez común sea competente pues sin negar las ventajas que aquello reportaría en la economía de trabajo federal, lo es cierto es que no sería adecuado demandar la inconstitucionalidad de una Ley Federal ante un Juez Estatal.

2.4 HECHOS, CONDUCTO, ACTO Y NORMA

LOS HECHOS :

La aplicabilidad surgida del control constitucional, tiene por efecto una de las tres posibles deservocadoras del Amparo : aplicación cuando la responsable se niega o rehusa, se abstiene o rehuye dar, hacer o dejar de hacer; inaplicación cuando por el contrario intenta dar, hacer o no hacer algo indebido y, desaplicación cuando ha dado, hecho o dejado de hacer en perjuicio

(23) ART. 107, FRACC. V Y EN SU CASO, VI CONSTITUCIONALES

(24) ART. 107 FRACC. VII CONSTITUCIONAL

del quejoso.

La doctrina ha sostenido que " el hecho ocupa un lugar preponderante en la vida del derecho, ya que todo vínculo que jurídicamente se anuda o se desata, arranca de un hecho o tiene por objeto un hecho ". (25)

Frente a este acierto la conclusión inicial se hace dudosa. Para esta doctrina, es el hecho lo que genera, modifica, transforma o extingue al derecho y la norma siempre se refiere a él, de tal manera que si " una situación se origina en un hecho posible no comprobado o improbable, el derecho lo presume, lo crea, lo tiene por cierto y lo somete a sus reglas para resolver la situación ". (26)

El argumento parece convincente aunque tiene más de impresionante que de verídico. En realidad se trata de considerar al hecho como uno de los factores del derecho. Para demostrar la afirmación se salta a la clasificación tradicional: hechos voluntarios (lícitos o ilícitos) e involuntarios, naturalmente, cuando los llamados hechos voluntarios se caracterizan como actos, como conducta humana, es imposible descartar su naturaleza de factores de la juricidad; pero entonces se da por sentado aquello que es el tema de investigación, a saber, si el hecho es tal factor o elemento del derecho.

Ante todo, conviene saber que se entiende por hecho : " Consideramos aquí el hecho en sus sentido más amplio, como fenómeno perceptible resultando de una actividad del hombre o de la naturaleza al obrar sobre el mundo exterior, es o no esa actividad percibida por nuestros sentidos, o en términos más simples, en el de todo suceso que ocurra en el mundo de nuestras percepciones, en cuya acepción al decir de Ortolan, ha sido usada la palabra por los juriconsultos romanos en los títulos de " iuris et pacti ignorantia ". (27)

Resulta que ese hecho, llamado natural no puede ser ingrediente de la relación jurídica, del deber ser. Que un acontecimiento no proveniente de la conducta humana (activa o pasiva, pues la omisión de ciertos actos que puede o no realizar el hombre, obedece a impulsos espirituales o a acciones o reacciones psíquicas o fisiológicas que incidiendo sobre su propio ser espiritual o corporal tienen por efecto el no acto y, en consecuencia, dentro de este orden de ideas, el fenómeno o suceso

(25) HENOC H. AGUILAR " HECHOS Y ACTOS JURIDICOS EN UN DOCTRIN Y EN LA LEY " BS. AS. 1950, VOL. I, P. 3

(26) AGUILAR IDEM P. 4

(27) IDEM P. 7

puede consistir en una acción o en una omisión y de aquí la primera clasificación técnica de los hechos en pasivos y negativos). No es factor ni elemento, sino antecedente o consecuencia.

Un hecho es acontecimiento neutro para el derecho. De ahí a entender que se le incluye para regular la conducta de los hombres hay un abismo. El hecho es antecedente cuando se le considera como circunstancia en que ha de realizarse la conducta. Forzosamente, el hecho necesita una descripción o hasta una definición jurídica.

Si se quiere una circunstancia definitiva, mas bien, determinada se impera sobre el hombre para adecuar su conducta como medio técnico de conseguir un fin. Si se quiere aprovechar o eliminar un hecho, se manda al hombre no al hecho.

En resumen, no hay hechos simples frente a hechos jurídicos. Cuando la filosofía del Derecho habla del hecho jurídico, simplemente lleva acabo una transposición convencional (" por lo que toca en primer término a la palabra hecho jurídico, hay que advertir que consideramos como sinónimos los vocablos hechos jurídicos y supuesto jurídico "). (28)

Es fácil en seguida, calificar a tal hecho de portador del derecho, significando, en realidad no quien lo lleva, sino al objeto o al acontecimiento físicos incluidos en los términos de la hipótesis norantiva. En otras palabras con la expresión hechos jurídicos, lo que se busca es hacer " jurídicamente " relevante un hecho simple (como el castigo o intento de castigo al suicidio, al sacrilegio o al tormento a los animales). (29)

Lo técnicamente útil es separar hechos de actos, porque teóricamente, aquellos no pueden ser normados, pero si causados por la formación de estos. Sería inútil hablar del Amparo contra hechos por mas que aquello sean lo que se tienda realmente a evitar (la muerte como consecuencia de una pena). Si el Amparo es control, no puede dirigirse a los hechos, sino la conducta de la autoridad que posibilita o imposibilita la realización de los mismos, no sería factible amparar el pensamiento pero si amparar contra actos que impidan o cuarten u obstaculicen su manifestación. El derecho no hace pensar, pero si puede garantizar la posibilidad del pensamiento, no se hace vivir pero si garantiza la existencia. El derecho no combate la enfermedad pero si ordena

(28) FRITZ SHERIER - CONCEPTOS Y FORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO - TRAD. EDUARDO GARCIA MAYNEZ, BE. AS., 1942, P. 145

(29) SCHRISIER OF CIT. P. 87

la conducta médica que la ataque. El derecho no crea la sanidad, pero sí hay un derecho sanitario que organiza las conductas técnicamente adecuadas para conseguirla.

LA CONDUCTA :

Esta conducta (naturalmente la humana, pues cualquiera otra no pasa de ser un hecho) es un fenómeno complejo. Sus ingredientes son biológico, psicológicos y físicos no tienen más común denominador que su procedencia personal (también humana, porque la persona moral crece de conducta y solo le son atribuibles los actos).

Se dice entonces que " substratum " del derecho es la conducta compuesta de tres naciones intimamente enlazadas : voluntad, móvil y fin : el móvil tiende hacia el fin mediante la acción de la voluntad que se emplea para este efecto. Esta teoría supone, forzosamente, que los actos son la resultante de circunstancias, hechos y fenómenos anteriores por lo que se vinculan al pasado como parte de la causalidad.

Todos los actos tienden hacia un fin y se inspiran en móviles y por poco desarrollada que pueda estar nuestra libertad de determinación, así sean los actos del niño, del imbecil o del enajenado : los resortes de la voluntad pueden estar relajados o torcidos, pero siempre existen sin ellos el acto no se produciría.

El análisis judicial, y no solo en el campo penal sino en el administrativo y en el civil, recorre tres etapas para deslindar el mecanismo de la voluntad : el querer que se concreta en un acto material y la intención que se refiere al objeto, que indica los fines perseguidos; los móviles resortes de la voluntad los que la ponen en acción.

La conducta, pues, va mostrando su complejidad a medida que se profundiza el análisis a la trilogía inicial sustituye ahora una pluralidad mayor de factores : La voluntad, la intención, el fin, el móvil y la finalidad. La voluntad sigue siendo el querer aplicado a una situación de hecho, pero se agrega el fin inmediato manifestando en el deseo de alcanzar algo con el acto. La intención nos separa ya del acto realizado, puesto que es la voluntad aplicada a las consecuencias que emanaran directamente de este acto, es una adaptación de esa voluntad a los fines exteriores al acto y en relación a los cuales éste llega a ser un

simple medio.

Pero en el Amparo es más importante la conducta en su extensa complejidad, que en el acto en su concreta expresión. Precisamente porque se trata de realizaciones de un sujeto legitimado en una función pública, el abuso del derecho en su doble manifestación de abuso de poder y desvío de poder, tiene la mayor relevancia. El Amparo, a diferencia de la casación, no busca la homofiláquica finalidad, sino la humana y real experiencia. (31)

EL ACTO :

A diferencia de la conducta estructuralmente compleja, el acto es el acontecimiento individualizado imputable a la persona jurídica (física o moral).

Si no todo acto puede contar un móvil, es por que la persona jurídica es una noción que abarca, tanto al sujeto individual o físico, como al sujeto moral o legalmente constituido.

El acto proveniente de la persona biológica, el móvil puede ser investigado pero en la moral, la ausencia de entidad psicológica, conduce a eliminar sus móviles.

En el Amparo, el móvil no puede atribuirse a la función estatal, pero si al funcionario y esto es lo que justifica su control en justicia, sino en legalidad. El acto, formalmente válido puede, sin embargo, estar viciado en su finalidad por el móvil de la autoridad móvil que por ser subjetivo, debe probarse convenientemente.

Se habla de actos positivos y negativos o de emisión. En este caso bueno será tener presente que el acto puro no es sino la consecuencia de la conducta, de manera que es esta la positiva u omisiva (de actos). El tema tiene especial interés en el derecho penal, pero no deja de mostrar la importancia en lo civil (obligaciones de no hacer) y en lo administrativo (los llamamos actos negativos de la autoridad : no conceder licencias, no contestar la instancia de petición, etc.). Fácil es advertir que la dirección jurídica negativa se encuentra en la ausencia del acto, sea que venga impuesto o prohibido. Hay conducta omisiva sancionable cuando no se produce el acto (y aquí el móvil tiene trascendencia penal).

(31) HUMBERTO BRISENO SIERRA OP CIT PAOS. 05-101

Para los fines del Amparo probablemente la división más interesante sea la de :

a) Actos Estáticos, y

b) Actos Dinámicos.

Los primeros no tienen dificultad de concepción porque son la norma resultante de la conducta jurídica en cambio los segundos deben caracterizarse con precisión para evitar que confunda dinamismo con evolución o simple cambio.

El cambio estático muestra coincidencia en objetivación y su significación. Un contrato cuando se documenta queda al mismo tiempo objetivado en su materialidad y estático en su relación, pues los conceptos relativos (obligaciones a derechos y viceversa), permanecen idealmente inmóviles : El comprador queda obligado al pago del precio y el vendedor con derecho a cobrarlo, el vendedor queda obligado a la entrega del bien y el comprador conserva el derecho del reclamo.

No importa que se trate de actos simples o plurales, porque en estos la multiplicidad sigue siendo estática : En la estipulación a favor de tercero, cada sujeto conserva su posición inalterada, en la sociedad, cada persona mantiene su calidad y en matrimonio los contrayentes permanecen en su estado civil.

Pero cuando la pluralidad se convierte en ideal sucesión, no en material o física sucesividad, entonces surge el acto dinámico. Algunas disciplinas jurídicas (derecho marítimo, derecho agrario, derecho laboral, etc.), afirman ser de contenido dinámico cuando no pasan de teorías en evolución. El dinamismo jurídico significa un movimiento ideal cuando el significado de la norma, la atención se mueve de momento a momento, cuando se destacan coneciones tramitivas, entonces el acto es dinámico.

El dinamismo, naturalmente implica un medio o mejor aun, exige un instrumento. Se trata de una forma de proceder para alcanzar los diversos estados de la misma relación.

El procedimiento entonces, es la pauta del dinamismo. Solo cuando se prevén conexidades sucesivas de los actos se puede hablar de dinamismo. El problema que se ha presentado en distinguir entre acto y procedimientos, pero en realidad no puede

haber dificultad en separar la unidad objetivable de la sucesión de conexiones.

El procedimiento muestra contactos plurales sucesivos y vinculados por el mismo fin. Dado que no hay conducta jurídica sin fin (ya que en la finalidad es la especial vinculación del movimiento con el resultado), cuando se regulan momentos jurídicos en continuadas etapas, se requiere de un contacto de acto a acto, buscando la composición plural hacia el fin.

Las instancias, o sea los actos dinámicos (por su referencia a un procedimiento) de los sujetos que persiguen un fin, se convierten en intervenciones cuando del procedimiento es legislativo cuando se trata no de peticionar ante la autoridad sino de formar la misma Ley, pero también aparecen como inquisiciones cuando el procedimiento se lleva a cabo en el nivel de la autoridad, (Ministerio Público de la indagación del delito, juzgador en el procedimiento disciplinario, etc.).

LA NORMA :

A partir de las circunstancias de que en toda relación formada entre partes hay motivos, intencionales, fines, finalidades y de voluntad, resulta que se alcanza un primer grado de contraste cuando se mira que unas normas aparecen desprendidas de alguno de estos datos.

Así, la motivación de la Ley no puede ser igual a los móviles en un contrato, y no porque el creador de la Ley no tenga o no pueda tener móviles, sino porque estos son indiferentes ante la concreta regulación, ante la autónoma vitalidad de la Ley. El legislador no pasa de ser la fuente creadora, pero una vez que la Ley sale de su seno, ofrece caracteres, propios, objetivos que no necesitan de móviles para ser juzgados o para ser interpretados.

La que se intenta describir con la normatividad objetiva, abstracta, general o impersonal, no es sino la relación conceptual emanada del poder público y dirigida a los gobernados.

Toda Ley lleva una intención, puesto que la intención, según lo advertido Josserrand (32), es consustancial al sentido de la norma cuando la Ley queda promulgada, que es distinta al fin de la intención de la norma. El legislador ha querido expedir determinada regla y lo ha conseguido al promulgarla. Pero una vez

(32) JOSSE RAMO SUPRA No. 20

independizada de su fuente, la norma como acto objetivada carece ya de voluntad y solo queda en ella la interpretación, que es su sentido, reconocible por el fin de la conducta que impone.

Ahora bien, la norma legal tiene una aplicabilidad indeterminada, precisamente porque al limitarse a la imposición de cierta conducta, sin importarle la identidad del sujeto que debe observarla, deja fuera de la hipótesis los móviles y se limita a establecer la unión del supuesto a la consecuencia.

Generalidad, impersonalidad, abstracción y objetividad se explican como un resultado del ser de la regla. Sin móviles ni finalidades personales, la norma no puede apoyar su deber ser en una causa subjetiva. Se limita a regular el caso y mientras éste se reproduzca sea general, en tanto cualquier sujeto pueda ser titular de los derechos u obligaciones será personal, habrá abstracción porque no tiene apoyo en su querer que es voluntad concreta, y se observa la objetividad en su permanencia independiente de los sujetos que emitieron la norma.

Sin embargo, no debe olvidarse que existen normas que son personales particulares, subjetivas y concretas, por contraposición a los datos antes aludidos, pues son normas formadas entre los sujetos de la relación, sin importar si todos ellos quedan vinculados o meramente relacionados con el mandato donde la autoridad exige sin quedar obligada a una contraposición.

2.5 LEGITIMACION EN EL AMPARO

La institución de control del poder judicial de la Federación para aplicar, desaplicar o inaplicar la Ley o el acto reclamados por el quejoso, se origina en la Constitución (y por ello se ha querido ver en este procedimiento un Juicio constitucional cuando no pasa de ser control y competencia para el constitucionalmente establecido). Quiere ello decir que en la Ley eminente se ha previsto la intervención de uno de los poderes Federales, para lograr la garantía de los derechos del individuo.

En cuanto se refiere a la legitimación " ad causam " de la teoría más difundida o para decirlo con mayor propiedad, en tanto atañe al titular del derecho sustantivo vulnerable. En la inteligencia de que todas las cuestiones relativas a la verdadera legitimación (ejercicio del derecho ajeno por previsión legal o

estatutaria constitución de sociedades, asociaciones, corporaciones, fundaciones) y en general, patrimonio administrados y han de quedar resueltas en el ámbito sustantivo (" art. 12 - En los casos no previstos por esta Ley la personalidad se justificará en el Juicio de Amparo en la misma forma que determine la Ley que fija la materia de la que emane el acto reclamado y en caso de que ella no lo prevenga se estará a lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Civiles. Tanto el agraviado como el tercero perjudicado podrán constituir apoderado para que los represente en el Juicio de Amparo por medio de escrito ratificado ante el Juez del Distrito o autoridad que conozca de dicho Juicio "). (3)

Con referencia a la legitimación " ad procesum " que constituye, naturalmente la personalidad en el procedimiento, es decir, lo que el art. 5 de la Ley de Amparo llama calidad de parte, la problemática que se asemeja a la contemplada en cualquier rama del Derecho Processal (ya se ha dicho que el Amparo recoge sus principio en buena parte) aunque ofrece extremos que necesitan ser considerados detenidamente.

La responsable y el quejoso forman las partes de la impugnación contenido del Amparo. Pero a su lado aparece en muchas cosas el tercero perjudicado (casi siempre en lo judicial, civil o penal pero no falta en lo administrativo, según el art. 5, fracción III, inciso C). La trilogía puede llegar a la dualidad si se estima que el tercero actúa como cuadyuvante o adherente de la responsable, lo que, si no se conforma con la estricta figura de la cuadyuvancia al menos se resulta paralela.

(" Artículo 5 son partes en el Juicio de Amparo :

I El agraviado o agraviados.

II La autoridad o autoridades responsables.

III El tercero o terceros perjudicados pudiendo intervenir con ese carácter.

a) La contraparte del agravio cuando el acto reclamado emana de un Juicio o controversia que no sea del orden penal o cualquiera de las partes en el mismo Juicio cuando el Amparo ses promovido por personas extrañas al procedimiento.

- b) El ofendido o las personas que conforme a la Ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los Juicios de Amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal, siempre que estos afecten dicha reparación o responsabilidad.
- c) La persona o personas que hayan gestionado en su favor el acto contra el que se pide Amparo, cuando se trate de providencias dictadas por autoridades distintas de la judicial o de trabajo; o que sin haberlo gestionado tengan interés en la subsistencia del acto reclamado.

IV.- El Ministerio Público Federal, quien podrá intervenir en todos los Juicios e interponer los recursos que señala esta Ley, independientemente a las obligaciones que la misma le precisa para procurar la pronta expedita administración de justicia. (94)

Más el Ministerio Público Federal viene a significar un funcionario desligado por completo de la impugnación y sin justificación posible. En lo penal el Estado provee la defensa oficiosa de manera que la Ley de Amparo estima como legitimado al defensor, por lo menos para presentar la demanda (art. 16). En lo agrario la legitimación ha sido aumentada desde el individuo a la corporación (ejido o comunidad) sus órganos de gestión (comisariado, ejido y miembros del consejo de vigilancia de la comunidad) según el art. 8 bis (ver también art. 12 para los núcleos de conversión).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado :

Ministerio Público Federal intervención de él en los Juicios de Amparo, los agentes del Ministerio Público que intervienen en los Juicios de Amparo, lo hacen en representación de la sociedad, como partes en dichos Juicios, para velar el exacto cumplimiento de la Ley, por ser aquellos de orden público y no por ejercitar la acción penal, que en forma exclusiva corresponden a los agentes de dicha institución que intervenga en los procesos, el Juicio de garantías no es el medio legal para hacer valer, ante la autoridad judicial, la expresada acción penal ". (95)

(94) ART. 5 LEY DE AMPARO

(95) PAG. 1244 DEL APENDICE AL T. CXDIII DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION

De ahí ha resultado la tesis de que el Ministerio Público es solo una parte requeriente o reguladora del procedimiento.

Pero hace falta que el Ministerio Público se le considere, en primer lugar un particular que presenta una actividad intelectual a los fines de que la tutela jurídica del caso concreto, se ajusta según el derecho adjetivo, además sería necesario el nombramiento del juzgado en cada caso ya fuera a petición de parte o bien de oficio, al temor de la disposiciones en vigor y ni es sujeto de derecho privado ni se le llama en consulta, sino que interviene por establecerlo imperativamente la Ley con el carácter de sujeto que insta procedimentalmente.

Pero si el proceso de autonomacia conoce de esta intervención de tercero en cambio mantiene su naturaleza bilateral, lo que no sucede en el caso del Ministerio Público que no esta en litigio ni en conflicto de opiniones, ni en desacuerdo, ni en posición impugnativa.

El Ministerio Público en el Amparo es un sujeto más que va al procedimiento para pretender un fallo en cierto sentido, no por interés propio, ni siquiera de su organización o institución, sino por considerar como el asesor que así lo manda el derecho objetivo. Es, pues, un amigo de la juria, un sujeto desinteresado en la cuestión que forma la materia de la impugnación pero vigilante de la norma aplicable. El Ministerio Público, llamado alguna veces la quinta rueda del carro puede ser inútil y hasta resulta una complicación injustificada pero estando impuesto por la Ley, debe considerársele un legitimado para pedir el cumplimiento exacto de la normatividad objetiva en interés del orden establecido.

Pero en cuanto al procedimiento legal, no basta la legitimación del oficial es también indispensable la del oficio, " del órgano competente para la composición de la lista o para el desarrollo del negocio ". (90)

Viene así la legitimación o a constituir la competencia : Externa o del órgano e interna o del encargado cuando ésta competencia atañe al Amparo, la legitimación externa se encuentra en el Poder Judicial de la Federación sin que importe a caso el que se regule una competencia concurrente, es decir, una competencia de las autoridades comunes (Art. 107, Fracc. VII Constitucional) por que éstas cuentan en auxilio o en colaboración

(90) - INSTITUCIONES DEL NUEVO PROCESO CIVIL ITALIANO - TRID, JAIME QUAS, BARCELONA 1942, P. 272

con la Federal.

La legitimación interna o individual, corresponde al oficial judicial o sea cada uno de los componentes : Jueces de Distrito, Tribunales Colegiados de Circuito, salas de la Suprema Corte y el pleno de misma. Se advierten que de las oficiales unos tienen composición unitaria y otros colegiada, entonces deberá tenerse presente la legitimación interna para determinar las respectivas competencias de sus presidentes, magistrados, ponentes o ministerios relatores.

Como ya es norma en los órganos judiciales los encargados del oficio cuentan con el auxilio subalterno : Secretarios, actuarios, miembros de la baja curia.

2.6 AMPARO CONTRA LA LEY

La generalidad de la teoría del Juicio constitucional en lo que su alcance se refiere no puede admitir excepciones; la limitación que impone es igualmente general así lo exige la lógica aplicada al objeto del Juicio, y como el objeto es mantener la supremacía de la Constitución para la vida del régimen, así lo exige también el orden público y el bienestar del pueblo. Los principios que son buenos para impedir las violaciones determinadas por la autoridad ejecutiva lo son también para determinar la acción legislativa. La solución contraria demostraría que los principios son falsos y que debe buscarse otra teoría y otro objeto para el Juicio. O el remedio es aplicable contra los actos de cualquier autoridad que infrinja la Constitución a la autoridad exceptuada quedará encima de la Ley suprema, esta convertida en instrumento inútil, un poder tendrá facultad de soberano y será por lo mismo, el único poder. O el remedio es aplicable en la misma extensión respecto a cada uno de los poderes, es decir, cualquier estado en que la violación pueda sorprenderse y lo más cerca del origen que sea posible o el poder exceptuado sobre los otros un privilegio que destruye la coextensión de todos, establecen categorías de superioridad y por otra parte autoriza violaciones en principio que se consumaran sin la resistencia de los agraviados.

La intangibilidad de la Ley, o por lo menos sus fueros para gozar de un respeto mayor que el que se debe a los actos de otro poder, se apoya no en una teoría, sino en una abstracción que concede al legislativo virtudes sobre humanos. La teoría no puede hacer diferencia entre los poderes, porque todos ejercen funciones necesarias para la vida en común y las tienen por la Ley fundamental, por la teoría todos los actos legítimos de los poderes son igualmente intangibles, llámense leyes, órdenes ejecutivos o sentencias y ninguno se puede atacar, sino por los medios de la Constitución autorice para poner a prueba su legitimidad.

Lo mismo que contra cualquier acto de autoridad, el Juicio no puede iniciarse sino a petición de parte legítima, es decir, de parte a quien la Ley agravia y solo es parte agraviada el individuo a quien la Ley ofende en un derecho que surge de la Constitución. En este Juicio, pues, lo mismo que en todos los Juicios legales la primera cuestión que se presenta es la de la personalidad del actor: Si la personalidad se justifica, el

Juicio es procedente y con esto la Ley queda clasificada entre las que son atacables desde su promulgación.

La violación es, necesariamente un acto de voluntad.

La doctrina enseñada por Lozano aplicado por Vallarta esta completa en las siguientes líneas del primero que varios veces citó al segundo : " Quien pretendiera que los tribunales declararan en términos generales y sin aplicación a un caso especial, la constitucionalidad de una Ley u orden de autoridad menor aún quien solicitara que se le eximiera de obedecerlas antes de que se hubieran exigido su cumplimiento, aunque fueran notoriamente anticonstitucionales, pediría lo que los tribunales no pueden conceder, porque sus sentencias han de ser, en estos Juicios tales según el precepto del Art. 102 de la Constitución, que se limiten a amparar y proteger en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la Ley o acto reclamados. La demanda, pues, que no cite un hecho especial, sino que pida la derogación o siquiera la dispensa de una Ley aunque sea inconstitucional, es improcedente como contraria a aquel precepto "... No basta la existencia de una Ley anticonstitucional que viole una garantía individual, mientras la Ley no se ejecuta o aplica debe considerarse como letra muerta a nadie ofende ni causa perjuicio... La Ley adquiere una existencia real cuando se aplica a un caso particular, solo entonces hay una persona ofendida y esta tiene el derecho de defenderse contra la aplicación actual de la ley por medio del Juicio de Amparo ". (37)

He aquí los dos artículos que fundaron el Juicio de Amparo en la legislación mexicana.

- I.- Por las leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales.
- II.- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados.
- III.- Por leyes o actos de las autoridades de estos que invadan la esfera de la autoridad Federal. (38)

Es correlativo al 103 Constitucional del 1a de 1917.

Ahora bien, este artículo corresponde actualmente al art. 1

(37) LOZANO Y VILLARTA CITADOS POR EMILIO RABASA EN SU OBRA " EL ARTICULO 14 Y EL JUICIO CONSTITUCIONAL ", TERCERA EDICION 1904, P. 295

(38) EMILIO RABASA, OP CIT P. 298

de la Ley de Amparo y dice :

- I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.
- II.- Por leyes o actos de la autoridad Federal que vulnere o restrinjan la soberanía de los Estados.
- III.- Por leyes o actos de la autoridades de estos que invadan la esfera de la autoridad federal (39)

Artículo 102 : Todos los Juicios de que habla el artículo anterior se seguirán a petición de la parte agraviada por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará una Ley. La sentencia será siempre tal que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la Ley o acto que la motivare. (40)

Este artículo corresponde al artículo 4 de la Ley de Amparo.

" Artículo 4 : El Juicio de Amparo unicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique el acto o la Ley que se reclama, pudiendo hacerlo por si, por su representante por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una causa de un pariente y solo podrá seguirse por el agraviado por su representante legal o por su defensor. (40)

2.7 UN ENFOQUE REFERENTE A LA LEY DE LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES

El objeto de esta iniciativa será lograr la protección integral del menor desde el punto de vista biopsicosocial, a fin de asegurar que sus potencialidades individuales y sociales se desarrollen armonicamente desde su niñez para que llegue a ser un adulto responsable con unidad familiar, único agente o instrumento social más eficaz para la atención de los niños y los jóvenes, la que debe contribuir a fortalecer y mantener la estabilidad social coadyuvando en la prevención de la delincuencia.

Prevenir es más prioritario que curar, atendiendo desde su raíz la problemática y fenómenos sociales ya significara menos

(39) EMILIO BABASA IDEM P. 22P

(40) ARTICULO 4 LEY DE AMPARO

costo social, más aún, si la conducta antisocial infante - juvenil se manifiesta en comunidades rurales y urbanas; las conductas son leves, violentas, espontáneas y organizadas. A ellos contribuyen la desintegración familiar, las drogas, el alcoholismo, el desempleo, las migraciones y la violencia.

Frente a la necesidad inaplazable de levantar una muralla que detenga el fenómeno de la comisión de conductas antisociales infante - juveniles, que están provocando una gran inestabilidad e intraquilidad social, se haga frente a las nuevas formas de su comisión, se ejecuten acciones preventivas a todos los niveles y estratos, con la participación responsable de los sectores público y social y ante la inoperancia de la legislación vigente, ha sido ampliamente estudiada la justificación de enriquecerla para afrontar el reto de prevenir la comisión de conductas antisociales y aplicar el tratamiento rehabilitatorio impregnado de justicia, dignidad, humanización, técnica y legalidad.

En este orden de pensamientos, consideramos que resulta de vital necesidad promulgar un nuevo ordenamiento para la prevención de conductas antisociales, regulador del tratamiento rehabilitatorio en sus fases institucionales postinstitucionales y externo, orientado en la política criminología de mi gobierno de prevenir con la participación responsable y conciente de los sectores, de rehabilitar al menor de conducta antisocial con dignidad, humanización solidaria social, justicia y legalidad con la concurrencia de los más avanzados métodos de tratamiento en medicina, psicología, sociología, pedagogía, derecho y técnicas de la borterapia.

El proyecto de Ley de Rehabilitación para menores, que se someten a su consideración se compone de tres títulos.

En el título primero establece la existencia de tratamiento externo, institucional y postinstitucional, con las características de individualización, imparcialidad y sin ningún tipo de discriminación en relación a nacionalidad, raza, condiciones económicas y sociales.

Desconcentra los servicios de prevención y tratamiento dando la posibilidad de que existan consejos tutelares auxiliares, delegaciones tutelares y escuelas de rehabilitación, como organismos auxiliares del consejo tutelar para menores con sede en la capital del Estado, quien su base fundamental es el estudio del

menor en cada caso, promueve su rehabilitación social, aplica medidas educativas y de tutela. (45)

Se presentaran nombramiento de consejeros y director de las escuelas de rehabilitación, con el objeto de propiciar una mayor atención en el estudio y decisión de sus determinaciones, las que serán revisadas a petición de parte interesada por el Ejecutivo del Estado, a través de la Dirección de Prevención y Readaptación Social.

Aumenta de tres a siete el número de consejeros y para fortalecer la interdisciplina la corresponsabilidad y tener una más eficiente funcionalidad, incorpora al órgano colegiado al director de la escuela de rehabilitación, que siempre será el secretario y al procurador de la defensa del menor, estableciendo que el cargo de presidente del consejo tutelar, será rotativo entre sus integrantes y renovable cada seis meses.

En el título segundo de esta iniciativa de Ley se resuelve la hipótesis de los menores que estando en tratamiento institucional cumplen su mayoría de edad. Este ordenamiento reduce considerablemente los términos que para dictar sus determinaciones tiene el consejo tutelar para menores, integrando el procedimiento en tres fases :

La primera deberá agotarse en veinticuatro horas;

La segunda en cinco días, y;

La tercera en treinta días.

Contando estos plazos a partir del día del ingreso, señalando a este órgano colegiado las determinaciones que debe dictar en cada caso sometido a su consideración.

Esta iniciativa consagrará los derechos que el menor de conducta antisocial tiene durante el procedimiento, estableciendo en su beneficio, las aplicables a los indultos excluyendo de responsabilidad, además señala expresamente los elementos que el consejo tutelar para menores debe motivar y analizar en sus determinaciones, fortaleciendo con todos estos aspectos los principales de legalidad y seguridad jurídica, y proporcionando una mayor tutela al menor durante el tratamiento que debe ser individualizado, digno, humano, interdisciplinario, progresivo y

(45) LIC. ALFREDO BARANDA - ANTEPROYECTO DE LA NUEVA LEY DE REHABILITACION PARA MENORES DEL ESTADO DE MEXICO -

secuencial, basado en la educación, laborterapia, atenciones médicas, psicológica, sociológica, psiquiátrica, y jurídica.

El título tercero del ordenamiento que se somete a su consideración, regula los tratamientos rehabilitatorios estableciendo los propósitos del institucional que deberá ser integral progresivo, individual y secuencial, iniciándose con la recepción del menor hasta llegar a la etapa de reintegración social, imponiendo el deber a los padres, tutores o custodios de participar en todas las actividades del centro de entrenamiento y en los programas terapéuticos. Subraya la importancia de la educación y de la laborterapia en el tratamiento rehabilitatorio, instituye el periodo de prueba, por el que es necesario que pase el menor previo al externamiento adoptado el sistema de permisos, salidas y traslados.

Señala los requisitos que deben reunirse en la selección del personal de las instituciones tutelares, imponiéndole la obligación de capacitarse y actualizarse en forma permanente. Señala los tipos de personal que es necesario para las funciones rehabilitatorias.

Ahora bien, los menores infractores presentan las mismas características que los practicados en la época de la Inquisición, desde su origen los consejos tutelares para menores se establecen como un sistema inquisitorial, donde las garantías de los niños son mínimas o no existen. (42)

Estimo que los Consejos Tutelares de Menores responden a una noble filosofía social, cuya esencia es de rescate para los infractores de su propia dignidad y la provisión a su vida de un sentido, de una dirección, a la que encaminen sus energías y sus esfuerzos.

La pobreza genera más casos de conducta antisocial o aberrante en menores de edad, porque - como es obvio - hay más infractores pobres, cabe puntualizar que en todos los estratos socio - económicos se están produciendo menores infractores.

La efectividad del sistema tutelar en nuestra actual legislación, depende de sus frutos en la rehabilitación de aquellos menores posibles a desbordamientos de agresividad, particularmente cuando exhiben notoria peligrosidad para el

(42) PERIODICO DEL UNIVERSAL 12 DE OCTUBRE DE 1969, " SISTEMA INQUISITORIAL EN CONSEJO TUTELARES "

conglomerado social. Si el entorno social muestra cierta galvanización hacia el fenómeno de violencia, bastante conocido en las duras realidades de ciudades como la nuestra, la institución tutelar debe obrar en contrario y procurar descalificar pautas violentas de interacción en sus Centros de Observación.

CAPITULO III

* MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS *

- 3.1 CONCEPTO JURIDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS.
- 3.2 CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS.
- 3.3 CONDICIONES DE LAS MEDIDAS TUTELES.
- 3.4 JUSTICIA Y EQUIDAD.
- 3.5 EL MENOR COMO GOBERNADO (ART. 14 Y 16 CONSTITUCIONAL)
(PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD GENERICA).
- 3.6 EXCEPCIONES A LAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES A MENORES.
- 3.7 DERECHOS DE MENORES Y SU EJERCICIO.

*** CAPITULO III ***
MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS

3.1 CONCEPTO JURIDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS :

No ha existido uniformidad en el nombre que deben de llevar estas figuras jurídicas; así en el Derecho Italiano han sido designadas de manera global como " Providencias Conservatorias o Tuterinas " (Artículo 287 del Código Civil Italiano del Procedimiento Civil); en cambio, en el nuestro se les ha dado el nombre de " Providencias Precautorias " (en el capítulo VI del título V del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales).

Se ha observado la misma diversidad, así Carnelutti las ha llamado con el singular de " Proveimiento Cautelar " (1), Chioyenda, por su parte les ha dado el nombre genérico de " Medidas Provisionales de Cautela o de Conservación " (2), también las ha llamado " Medidas Provisionales de Seguridad " (3), Manuel de la Plaza, al referirse a ellas lo hace con el nombre de " Medidas Provisionales de Cautela " (4) Antigono Donat, utiliza para diferenciarlas de otras providencias las palabras " Providencias de Naturaleza Cautelar " (5), J. Ramiro Póderli, les da por su parte las de " Medidas Cautelares " (6), Piero Calamandrei las invoca con los términos " Providencias Cautelares " (7) y el maestro Eduardo Pallares, las menciona algunas veces con el nombre de " Medidas Preventivas de Seguridad ".

Ahora bien, por lo que a mi me corresponde he considerado adecuado llamarlas " Cautelares o Precautorias ".

Todas las providencias o las medidas tienen como finalidad constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza. Esta última idea la abarcan indistintamente las voces Cautelares o Precautorias, que dicho de otra manera son sinónimas.

- (1) FCO. CARNELUTTI - SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, P. 267
- (2) GUIUSEPE CHIOYENDA - INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL TOMO I P. 290
- (3) GUIUSEPE CHIOYENDA - PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL P. 278
- (4) MANUEL DE N. PLAZA - PROCESAL CIVIL ESPAÑOL TOMO II P. 20
- (5) ANTONONO DONATI - SOCIEDADES ANONIMAS P. 302
- (6) J. RAMIRO PODETTI - LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL EMBARCO PREVENTIVO. (REVISTA DE DERECHO PROCESAL CIVIL NO. 1 P. 128)
- (7) PIERO CALAMANDREI - INTRODUCCION AL ESTUDIO SISTEMATICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES P. 1

Algunas veces han sido tratadas bajo el perfil de la acción (acción asegurativa o cautelar). Entre los autores que han seguido esta línea de investigación se encuentran J. Ramiro Podetti (8) y Chioyenda, quien al respecto firma: "El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma por sí misma de acción (acción aseguradora); y es pura acción que no puede considerarse como accesorio del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del Juez". (9)

El proceso cautelar puede representar una superficie diferente por alguna desviación en cuanto a los caracteres estructurales ordinarios del proceso jurisdiccional o del ejecutivo y se comprende que esta desviación puede obedecer a su finalidad especial. (10)

Carnelutti explica que es preciso distinguir el proceso cautelar de las providencias cautelares; puede ser indispensable anticipar algunos actos del proceso, tal es la recepción de una prueba testimonial o una inspección, pero estos actos son parte de los procesos jurisdiccionales y de ejecución y no un proceso cautelar. No tienen un fin propio no son una composición provisional de la litis, sino actos del proceso que se anticipan. "Es indudable que en todos estos casos cabe hablar de proveimientos instructorios cautelares, además, ellos representan más bien una fase cautelar del proceso que no un proceso cautelar; la función del proceso cautelar consiste en la composición provisional del litigio, mientras que aquí se trata de regulación provisional de proceso y no me parece correcto pensar en un desdoblamiento del proceso más bien que en la inserción de un proveimiento en general de una actividad cautelar en el proceso único. (11)

"Con las medidas cautelares o precautorias se trata de evitar el Periculum in Mora, es decir, se dictan con carácter de urgencia para evitar un daño jurídico, originado por la tardanza del proceso en producir con rapidez una sentencia definitiva, y si aceptáramos que las providencias cautelares, es decir, las medidas provisionales se dieran en un proceso cautelar autónomo, como éste es lo contrario de subordinado y tiene por ende vida propia sin necesidad de un proceso interior, en caso de que éste último no llegara a existir, el daño jurídico desaparecería en forma

(8) J. ERMIRO PODETTI - OPU CIT P. 136

(9) QUISUPE CHIOYENDA - INSTITUCIONES P. 281 PRINCIPIOS PÁGS. 279 Y 280

(10) FRANCESCO CARNELUTTI OPUS CIT P. 244

(11) FRANCESCO CARNELUTTI OPUS CIT P. 246

definitiva lo que equivaldría a sostener que las medidas cautelares, lejos de lograr la composición provisional de litigio resolverían el fondo de la cuestión al igual que una sentencia definitiva".

Por último tenemos el argumento de mayor peso: Otra de las características de las medidas cautelares o precautorias, en su instrumentalidad. En virtud de esta característica las medidas cautelares nunca constituyen un fin por sí misma, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior principal (definitiva), el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente; nacen por decirlo así, al servicio de una providencia o medida principal, con el oficio de preparar el terreno, de aprontar los medios más aptos para su éxito, anticipan provisoriamente ciertos efectos de la sentencia principal, haciendo un cálculo preventivo de probabilidades, son accesorias secundarias, subsidiarias a una providencia o medida principal. En el caso de que producido el proceso cautelar autónomo, no se sucediese ningún otro proceso, lo que es posible al ser aquel independiente, las providencias que en él se dictarán no nacerían al servicio de ninguna otra providencia y serían principales a su vez.

" En realidad, la relación de instrumentalidad que tiene lugar entre la medida o providencia cautelar y la medida principal consiste, como ya sabemos en esto: es que la medida cautelar no es nunca fin en sí misma, en cuanto tiene únicamente por objeto contribuir al mejor éxito de la principal, en función de ésta y en la hipótesis de que la misma sea, a su tiempo, favorable para quien la solicita".

La provisoriedad es aceptada por Carnelutti, cuando escribe que " el proveimiento cautelar consiste, ante todo, en una decisión del juez, o sea en la determinación del Estado jurídico impuesta para el arreglo provisional del litigio, (12) y es más categórico aún, cuando dice " pero la diversa eficacia (entre la providencia cautelar y las otras providencias) se manifiesta por el lado de la duración. Dada la finalidad del proceso cautelar, el proveimiento decisorio cautelar es un proveimiento temporal o pasajero. A diferencia de la decisión jurisdiccional, la decisión cautelar tiene siempre *diez ad quem*, cuando el vencimiento sobre - vive la eficacia, se extingue. Tal *diez ad* vencimiento esta representado por el momento en que se eleve a firme la decisión jurisdiccional del litigio a que el

(12) FRANCESCO CARNELUTTI OPUS CIT P. 309

proveimiento cautelar se refiere. El principio de la limitación temporal se refiere a extraer el fin del proceso cautelar y de sus relaciones con el proceso definitivo, esto es relación con la eficacia del proveimiento ". (13)

" Responde así mismo a la finalidad del proceso cautelar que el proveimiento cautelar no tenga la eficacia definitiva que es peculiar del proveimiento satisfactorio, ni en sentido extintivo, ni en sentido consecutivo, parece en cambio, exacto reconocerle eficacia suspensiva temporal de la relación, ya que mientras dure el proveimiento, ni el derecho puede ser hecho valer de manera distinta, ni la obligación sea cumplida ". (14) " La diferencia entre el proveimiento cautelar y el proveimiento jurisdiccional o satisfactorio, se refiere, esencialmente al límite, así precisado de su eficacia material y no, en cambio, a su eficacia procesal ". (15)

Por su parte Chioyenda en sus dos obras de derechos ya citadas, sostiene también como nota distintiva de esta figuras jurídicas lo temporal de sus efectos o como él se expresa: " La acción asegurada es pues, en sí misma, una acción provisoria ". (16)

Antigono Donati, también ve este carácter cuando asienta que " La providencia de suspensión tiene carácter temporal ". (17)

Y el maestro J. Ramiro Podetti, cuando afirma " La provisoriedad o interinidad, que son contrarias a la causa juzgada, efecto común de las sentencias definitivas, son características que emanan de uno de los presupuesto específicos de las medidas cautelares ", así pues, tanto para el actor como para el demandado la provisoriedad de la medida tiene caracteres necesarios. (18)

Es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de provisoriedad (y lo mismo el que coincide con él, el de interinidad, - término empleado por Podetti -) es un poco diverso y más restringido que el de temporalidad, temporal es, simplemente, lo que no dura siempre, lo que independientemente que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada, provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el Estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio que procede al evento esperado, o en términos de Regutini, autor citado por Calamandrei " La diferencia entre los

(13) FRANCESCO CARNELUTTI OPUS CIT P. 300

(14) FRANCESCO CARNELUTTI OPUS CIT P. 300

(15) FRANCESCO CARNELUTTI OPUS CIT P. 301

(16) GUISEPPE CHIOYENDA - INSTITUCIONES PAGE. 282 Y 280 PRINCIPIOS P. 280

(17) ANTONIO DONATI - OPUS CIT P. 311

(18) J. RAMIRO PODETTI OPUS CIT INS MEDIDAS CAUTELARES Y EL EMBARGO PREVENTIVO P. 142

dos conceptos se indica así : Temporal que es, por tiempo no perpetuo; provisorio, dice de cosa hecha en forma de provisión y por tiempo, hasta que pueda hacerse otra estable y duradera ".

Periculum in Mora (Peligro en la tardanza), este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional principal (Periculum in Mora); Antigono Donati, esta de acuerdo cuando sostiene que ... " La providencia de naturaleza cautelar, asegura, previene o conserva, eso es, una anticipación provisional de ciertos efectos de la providencia definitiva, enderezada a prevenir el daño que podría derivar de la tardanza del mismo consecuencia de la duración inevitable del proceso ". (19)

Tanto como el maestro Chioventa (20) y Donati hablan de este Periculum in Mora, y los dos hablan del peligro del daño jurídico derivado del retardo de una providencia jurisdiccional principal.

El interés público exige para prevenir aquel peligro, se adopten medidas urgentes, que por no responder a las características del Juicio Ordinario, tienen un carácter provisional o cautelar. (21)

Para que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un periodo, frecuentemente no breve, de espera, pero esta mora indispensable para el cumplimiento del ordinario interprocesal, ofrece el riesgo de convertir prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por dese de perfección a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto.

" Las providencias o medidas cautelares o precautorias tienen como objeto fundamental : La conservación de los derechos y hacer posible su efectividad ".

La instrumentalidad de la providencia precautoria, Calamandrei dice : " Las cuales nunca constituyen un fin por ellas mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de un ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente; hacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva con el oficio de preparar el

(19) ANTONONO DONATTI OPUS CIT P. 302

(20) GUISEPE CHIOVENDA OPUS CIT INSTITUCIONES P. 280 Y PRINCIPIOS P. 270

(21) MANUEL DE LA PLAZA - OPUS CIT P. 26

(22) PIERO CALAMANDREI OPUS CIT PAGOS. 44 Y 45

terreno, de aprontar los medios más aptos para su éxito. (23)

Una vez que hemos encontrado la característica procesal de las providencias cautelares en su instrumentalidad, creemos que con ello se pone en evidencia que su nota distintiva debe buscarse más que en la esencia de la providencias en sí, en la relación en que la misma se encuentra con otra providencia, de la cual en la definición no puede concebirse desligada.

Ahora bien, son contados los autores que han dado una definición de las providencias cautelares; ello se debe a lo poco que se ha escrito sobre ellas, y los que lo han hecho, se han concretado solamente a hacer una exposición suscita y aislada de sus características.

Calamandrei dice: "La providencia cautelar en la anticipación provisoria definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría deriva del retardo de la misma " (23)

Por su parte, Antigono Donati, las ha definido así : "... La providencia de la naturaleza cautelar (que asegura, previene o conserva) es una anticipación provisional de ciertos efectos de la providencia definitiva, enderezada a prevenir el daño que podría derivar de la tardanza de la misma, como consecuencia de la duración inevitable del proceso ". (24)

Las definiciones anteriores son correctas pero incompletas, porque se les olvido consignar la nota características de estas providencias (y la cual, los dos enuncian) : la instrumentalidad.

Me he atrevido a definir las así : ... " Las providencias cautelares o precautorias son aquellas resoluciones judiciales, que anticipan provisoriamente ciertos efectos de la providencia principal, dirigidas a prevenir el daño que podría derivar de la tardanza de la misma, al servicio de la cual nacen como consecuencia de la duración inevitable del proceso ".

3.2 CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS

Las medidas cautelares pueden clasificarse desde diversos puntos de vista, según sea el aspecto que se observe de las

(23) PIERO CALAMANDREI OPUS CIT P. 45

(24) ANTIGONO DONATI - OPUS CIT P. 101

mismas, si pueden hacerse las siguientes clasificaciones :

I. En cuanto a la naturaleza de la obligación que contienen las providencias cautelares.

En cuanto a la naturaleza de la obligación que contiene las medidas cautelares podemos dividir estas en :

- Medidas cautelares de dar.
- Medidas cautelares de hacer.
- Medidas cautelares de no hacer.

Medidas cautelares de dar : Las medidas cautelares de dar como su nombre lo indica, son aquellas que contienen la obligación de dar alguna cosa o con mayor precisión, siguiendo al Seda Civil Código Civil del Distrito Federal.

Las Medidas Precautorias de Dar - Son aceptadas por Calamandrei, según lo podemos desprender de su siguiente párrafo :

" La providencia por la cual el presidente del tribunal ordena a un conyuge que pase alimentos al otro mientras esté pendiente el proceso de separación ". (25)

Medidas Cautelares de Hacer - Son las que tiene la obligación de realizar un hecho, de hacer alguna obra determinada o alguna cosa, o en fin, a desarrollar una determinada actividad, son las medidas cautelares que contiene una obligación positiva, en la que el sujeto obligado realizar un esfuerzo y produce efectos físicos y jurídicos. Casi todas las medidas cautelares son de este tipo y tenemos como ejemplo de ellas " el arraigo de la persona " que nuestro Código de Procedimientos Civiles enunciativa en sus Artículos 235 Fracción I y 240.

Medidas Cautelares de no Hacer - Por último estas providencias son las que llevan en su seno una obligación de no hacer, entendiéndose por tales, aquellas que imponen una abstención al sujeto afectado, pudieramos decir que son obligaciones pasivas, porque el obligado cumple con ellas sin realizar ninguna actividad, unicamente no haciéndola.

(25). PIERO CALAMANDREI OPUS CIT P. 97

Calamandrei, acepta esta tercera clase de Providencias Cautelares, cuando al referirse al último párrafo del Artículo 940 del Código de Procedimiento Civil Italiano, dice : " Según el cual, si el pretor ha prescrito la suspensión de la obra denunciada y la parte no obedece, puede ordenar que las cosas se reduzcan a su primitivo estado; aquí más bien que una sujeción (procesal, cautelar, la providencias de; pretor o medida del pretor crea una obligación cautelar (de no hacer) ". 126

II. En cuanto al momento de su nacimiento respecto del juicio.

En cuanto al momento de su nacimiento respecto del juicio, las providencias o medidas precautorias pueden clasificarse en dos:

- Medidas precautorias que nacen o se dictan antes de iniciarse el juicio o fuera de el.
- Medidas precautorias que hacen o se dictan después de iniciado el juicio o incidentales.

El primer grado, o sea aquellas que nacen antes de iniciarse el juicio o fuera de el, son aceptadas unánimemente por la doctrina y por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

El segundo grupo consisten en las providencias o medidas cautelares que nacen o se dictan después de iniciado el juicio o en un incidente, son las más comunes, pues generalmente es durante el transcurso del juicio cuando son otorgadas estas, es decir, después de entablar la demanda en la que se solicitan (aunque no necesariamente deban de solicitarse en esta).

III. En cuanto a los efectos que producen las providencias cautelares.

En cuanto a los efectos que producen las medidas precautorias se pueden clasificar en conservativas o innovadoras.

Las medidas precautorias conservativas, mantienen las mismas situaciones de hecho que encontraron al decretarse.

Las medidas o providencias innovadoras, transforman o cambian la situación de hecho que encontraron al decretarse por otra

distinta.

Son tres autores de los más distinguidos, los que han propuesto esta clasificación : Antigono Donatti, Francesco Carnelutti y Piero Calamandrei.

El primero de ellos dice que según que la medida o providencia cautelar conserve la situación de hecho que existe antes de la realización del proceso, o bien la modifique anticipando en parte la providencia definitiva : " La medida cautelar se llama conservativa o innovadora ". (27)

El segundo, entresacando de su obra ya señalada, algunas frases, más o menos afirma lo siguiente : Que el proceso puede tener un designio conservativo o un fin innovador. El proceso de conservación persigue o el mantenimiento de un estado de hecho, que implica la resolución provisional de un conflicto de intereses, en espera de que como resultado del proceso principal se digna sobre ellos la palabra definitiva o la alteración de este mismo estado cuando una de las partes lo estime nocivo. Por otra parte en el proceso cautelar innovativo se plantea la hipótesis de que los resultados del proceso principal puedan comprometerse, si provisionalmente no se establece una situación de hecho que permite esperarlos con entera confianza, desde el punto de vista de su resultado práctico.

El tercero, Calamandrei más certero, nos ilustra de la siguiente manera : Pero no todas las providencias cautelares son conservativas, pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ella se constituye consistir no solo en la conservación, sino en la modificación del Estado de hecho existe. También bajo este aspecto la función conservativa o modificativa de las medidas cautelares se orientan sobre la providencia principal y se coordina a ella. En todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar mira a conservar aquel estado de hecho, en espera y con el objeto de que sobre él mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos (por ejemplo el supuesto conservativo, que determina la indisponibilidad en cuanto a la futura ejecución forzada de los muebles hoy existen en favor del deudor), pero otras veces cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo

(27) ANTIGONO DONATTI OPUS CIT P. 304

exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales efectos, debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos o innovativos, que diferidos podrían resultar ineficaces o inaplicables (se puede pensar, por ejemplo, en el derribo de un árbol que ofrece peligro, ordenado por el Juez en virtud de denuncia de daño temido, Artículo 699 del Código Civil; o en la providencia de urgencia que en el proceso de separación personal el presidente constituye provisor a cargo de uno de los cónyuges, la obligación de pasar alimentos al otro, Artículo 808 del Código de Procedimientos Civil. A base de tales consideraciones se puede diferenciar las providencias cautelares en conservativas o innovativas ". (28)

IV. En cuanto a los fines que se persiguen con las medidas cautelares.

En cuanto a los fines que se persiguen con las medidas cautelares, Goldschmidt, en su teoría " General de Procesos " califica las medidas cautelares en cuatro grupos :

- 1.- Las que tienden al aseguramiento de la ejecución forzosa;
- 2.- Las que persiguen al mantenimiento de un bien o bienes determinados, inter se esclarecen los derechos de los interesados en el proceso pertinente;
- 3.- Las que tienen por objeto satisfacer necesidades primordiales urgentes o preservar de daños inminente a las personas o sus bienes; y
- 4.- Las dirigidas a hacer conocer a terceros la existencia de un litigio sobre bienes determinados. (29)

V. En cuanto a la relación de instrumentalidad que liga la providencia o medida cautelar a la providencia principal.

En cuanto a la relación de instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal. Calamandrei en cuatro secciones, derivadas de cuatro configuraciones típicas que

(28) PIERO CALAMANDREI OPUS CIT PAOS. 48 Y 49

(29) GOLDSCHMIDT J. " TEORIA GENERAL DEL PROCESO " PAOS. 142 Y 145

puede asumir su instrumentalidad : Providencias que deciden internamente el mérito principal y providencias que imponen una causalión.

a) " El primer grupo esta constituido por todas aquellas providencias instructoras anticipadas, con las cuales, en vista de un futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias provatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias se adoptan en el curso del proceso ordinario y forman parte del mismo, pero cuando, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que si la providencia instructoria tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces, esta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de prevenir el periculum in mora inherente al procedimiento ordinario eventual ".

b) " Así como el primer grupo hemos comprendido las medidas cautelares encaminadas a fijar las pruebas que facilitarían la formación de una futura providencia de cognición, se puede clasificar en un segundo grupo las providencias o medidas que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma. El carácter instrumental de estas providencias, expresamente expuesto de relieve por otras legislaciones en las que se hablan en cuanto a ellas de aseguramiento de la futura ejecución forzada aparece también en nuestro derecho en forma tanto mas evidente en cuanto los varios tipos de medidas cautelares comprendidas en este grupo correspondiente con preciso paralelismo a otros tantos tipos de procedimiento ejecutivo, de los que las medidas cautelares constituyen, por así decir, el anuncio y la vanguardia. (81)

c) " Constituyen este tercer grupo, las providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva. Una relación controvertida de la indecisión de la cual si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podría derivar a una de las partes daños irreparables ". (82)

La medida cautelar, no regula el mérito de la relación sustancial controvertida limitándose a aprontar los medios para facilitar la formación o la ejecución forzada de la futura decisión de mérito, aquí en este tercer grupo la providencia

(81) PIERO CALAMANDREI OPUS CIT P. 56

(82) PIERO CALAMANDREI OPUS CIT PAOS. 58 Y 59

cautelar consiste precisamente en una desición anticipada y provisoria del mérito destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se pueda conseguir a través del mas lento proceso ordinario. La función instrumental se explica, pues, en este grupo dando a la controversia, en espera de la providencia definitiva, una solución provisoria que presumiblemente se aproxime más a la que será la solución definitiva, de modo que ésta puede tener sobre la relación substancial la misma eficacia práctica que habria tenido su hubiese sido dictada sin retardo " La medida cautelar funciona aquí como dice Calamandrei " .

Como las fuerzas de protección destinadas a mantener las posiciones hasta el momento de la llegada del grueso del ejército, a fin de evitar a éste las pérdidas mayores que le costarian la reconquista de las posiciones perdidas. (13)

d) Merecen ser tratados como cuarto grupo aquellas medidas cuya denominación revela tipicamente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del Juez de una caución, la presentación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior medida o providencia judicial.

También aquí existe una relación de instrumentalidad entre la medida o la providencia que ordene la caución y la providencia o la medida provisoria que la acompaña; e incluso la relación de instrumentalidad existe también, mediante y por decirlo así, en segundo grado con la ulterior providencia principal. Con respecto a la medida provisoria a que acompaña la caución tiene carácter instrumental negativo, en cuanto le impide perjudicar, o sea, " para decirlo con mayor precisión ofrece anticipadamente los medios, casi diríamos el contraveneno, para remediar eficazmente el daño que puede derivar de su injusticia, con respecto a la providencia principal, a la que reservado decidir si la providencia provisoria es injusta, la caución tiene carácter instrumental positivo, en cuanto asegura previamente la realización práctica del derecho, al resarcimiento, de los daños que encontrará su título en la providencia principal, cuando ésta haya revocado por injusta la provisoria.

(13) PIERO CALAMANDREI OPUS CIT PAOS. 61 Y 62

3.3 CONDICIONES DE LAS MEDIDAS TUTELARES.

Si bien es cierto que en materia civil las medidas cautelares o precautorias tienden a la protección del sujeto que lo sustenta; y en el capítulo IV del título V del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorios Federales.

El Artículo 238 en relación con las providencias cautelares o precautorias establecen : " No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este código ... ".

Es necesario la presencia de medidas precautorias que tutelen al menor, por lo tanto, aparece la figura de medidas tutelares.

" La medida tutelar como lo acabamos de mencionar pretende alcanzar la protección del menor, la medida tutelar ni va a proteger ni a cuidar una conducta indebida ".

En las condiciones de las medidas tutelares se pretende alcanzar la operatividad de éstas mismas, ¿ Realmente se les ha dado la atención requerida ?

Existen varios preceptos constitucionales que derivan toda una gama de disposiciones dispersas en leyes y reglamentos en los cuales se regula de manera específica la situación jurídica de los menores dentro del ámbito material de validez en que éstos se aplican, con el objeto de garantizar en forma armónica y equilibrada la satisfacción de sus necesidades para su salud física y mental.

Estas normas intuitivas comprenden toda una serie de situaciones jurídicas determinantes del estatus de los menores en su vida familiar y en sus relaciones culturales, económicas y sociales.

En materia laboral las primeras medidas de protección a los menores se remontan al siglo pasado, pues ya el Estatus Orgánico Provisional de la República Mexicana, promulgado el 15 de mayo de 1856, por el presidente Ignacio Comonfort, siguiendo los lineamientos del Plan de Ayutla, en su Artículo 33 disponía que los menores de 14 años no podían obligar sus servicios personales

sin la intervención de sus padres o tutores, y a la falta de ellos, de la autoridad política. En esta clase de contratos y en los de aprendizaje refería el precepto constitucional, los padres, tutores o la autoridad política, en su caso, fijarían el tiempo que habría de durar, el cual no podía exceder de ciertos años, las horas en que diariamente se habría de representarse se reservarían el derecho de anular el contrato siempre que el menor fuera objeto de malos tratamientos en su trabajo, no se proveyera a sus necesidades según lo convenido, o no se le instruyera convenientemente.

La Carta Magna de 1917, dentro de su avanzada concepción social, provee a los menores de normas tutelares específicas en materia de trabajo, las cuales se consignan en las fracciones II, III, V, XII, y XVI del Artículo 123.

En materia Civil se prevé la protección de los menores, en este cuerpo normativo se determinan los alimentos, los gastos necesarios para la educación y para proporcionar al menor algún oficio, arte o profesión, con esto y adecuados a su sexo y circunstancias personales. (94)

Por lo que atañe al tratamiento de los menores infractores nuestra norma fundamental, impone a la Federación y especiales a los Gobiernos de los Estados, el deber de crear instituciones especiales para su rehabilitación. (95)

En cuanto a los menores infractores, cabe señalar que actualmente existen instituciones de orientación y readaptación que pretenden conocer cuales son las causas que motiva la causa infractora de los infantes, como el consejo tutelar de menores, cuya finalidad es la de analizar detenidamente desde el punto de vista médico, psicológico, social y pedagógico al menor.

" En este sentido, el tratamiento ofrecido a los menores infractores busca encontrar el punto medio para poder brindarle la atención necesaria al sujeto que ha infringido la norma aclarando que la esencia de la Ley no es castigar al menor ni tomar una actitud revanchista o reivindicatoria, sino exigir medidas preventivas (medidas tutelares), readaptatoria y de conformación de su personalidad.

Es pertinente no perder de vista el hecho de que en la actualidad estamos inmersos en una sociedad cuyos cambios

(94) ART. 908 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

(95) ART. 18 CONSTITUCIONAL POLITICA. PARRAFO IV.

cuantitativos y cualitativos han dado origen a una nueva etiología de la conducta del menor, por lo que respecto de aquellas desviaciones que requieren del conocimiento y la acción de los organismos tutelares, se impone la exigencia de implicar modernos sistemas y métodos de prevención y rehabilitación, ante las deficiencias de los existentes.

La circunstancia de crisis material por lo que transitamos y el incremento de necesidades y problemas ocasionado por la sobre-población, la urbanización, desempleo, la pobreza y la limitación del horizonte de esperanzas de una vida digna y productiva, constituye el problema social de singular trascendencia, el cual debe hacernos meditar sobre una mejor operación de las instituciones que se ocupan de atender los casos de menores que transgreden la substancia de normatividad social presente en los Códigos Penales, los reglamentos de policía y buen gobierno. Existe el criterio de la " no represión a los menores de edad infractores, por lo que cabe pensar en adecuaciones legales que continuando con el sendero tuitivo o tutelar, perfilen formas de efectiva responsabilidad personal y propugnen y furtuosos para que enderecen su vida.

" Resulta indispensable el establecimiento de bases generales en la que se contengan los principios fundamentales que habrán de observarse en los ordenamientos jurídicos tanto federales como locales que de alguna manera inciden y delimitan la situación jurídica de los menores con el objeto de tutelar su desarrollo armónico, saludable y normal en condiciones de libertad y dignidad, atendiendo al interés superior de la sociedad por garantizarle sus derechos humanos, dentro de los cuales quedan comprendidas aquellas normas protectoras de la infancia, así como las que le aseguran un porvenir sano y firma ". (16)

Es necesario la coordinación nacional de planteles y programas encuadrados dentro de las estructuras jurídicas de los organismos ya existentes y la eficiente utilización de los recursos humanos y materiales destinados por las instituciones públicas y privadas a la protección de los menores que requieren de la tutela de la sociedad civil y del Estado, para poder lograr las metas de prevención y rehabilitación que exige el desarrollo armónico de la personalidad de quienes siendo los niños de hoy, serán los ciudadanos del mañana.

Todo plan, programa y acción tendientes a proteger a los

(16) CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NINO, APROBADA POR LA ASAMBLEA DE LA NACIONES UNIDAS EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989, COLEGIO DE ABOGADOS FORO DE MEXICO, A. C. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NINO DEL 26-28 DE FEBRERO DE 1990

menores a prevenir la conducta infractora de los mismos y a rehabilitarlos cuando haya incido en acciones contrarias al orden jurídico y lesionen los intereses tutelados por el derecho, no podrá ser plenamente eficaz sino en la medida en que el aspecto social, moral y económico de la familia encuentre a su vez la debida protección jurídica para obtener solidez, cohesión y la íntima solidaridad entre sus componentes. (37)

Sobre este particular cabe dejar constancia de que la protección de la niñez ha sido preocupación permanente y de ello es muestra evidente de la implantación del sistema nacional para el desarrollo integral de la familia previsto en la Ley sobre el sistema nacional de asistencia social, el cual tiene entre sus objetivos el de promover e impulsar el sano crecimiento físico, mental y social de la niñez, así como operar establecimientos de asistencia social en beneficio de menores en estado de abandono y prestarles, servicios de asistencia jurídica y orientación social.

" Casare Beccaria señala " " Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación que es el arte de conducir a los menores al máximo de felicidad y al mínimo de infelicidad posible ". (38)

Es mejor luchar por cualquier medio y por todo aquello cuando sea necesario para lograr la prevención.

El convenio de colaboración interinstitucional relativo al Consejo Tutelar par Menores Infractores del Distrito Federal que celebraron por una parte el sistema nacional para el desarrollo integral de la familia (DIF), y por la otra la Secretaria de Gobernación, cuyo objetivo general es contribuir a la readaptación social de los menor sujetos a la medida cautelar de libertad vigilada. (39)

La libertad vigilada del menor infractor tiene una duración aproximada de 3 a 6 meses. Durante este lapso la trabajadora social llevará acabo un plan propuesto, correspondiente la libertad absoluta, cuando el comportamiento y colaboración del menor y la familia haya sido positiva.

La misma Ley del DIF (Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia), clasifica los servicios de salud en tres tipos :

(37) DR. IGNACIO GALINDO GARFAS " EL SISTEMA TUTELAR DE LOS MENORES EN VENEZUELA, 1969, P. 222.
(38) BECCARIA, CESARE, DE LOS DELITOS Y LA PENAS. EDIT. AGUILAR, PRIMERA EDICION, MADRID, 1969 P. 180
(39) DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION SE PUBLICO EL 25 DE AGOSTO DE 1961.

- 1) De atención medida.
- 2) Salud pública.
- 3) Asistencia social.

En su título noveno, capítulo único, define la asistencia y señala como actividades básicas de la misma la atención en establecimientos especializados a menores y ancianos en estado de abandono, desamparo e inválidos sin recursos, ejercicio de la tutela de los menores en los términos de las disposiciones legales aplicables y la prestación de servicios de asistencia jurídica y de orientación social, especialmente a menores, ancianos y minusválidos sin recursos y finalmente establece que el Gobierno Federal, contará con un " Organismo " que tendrá entre sus objetivos la promoción de la asistencia social, la prestación de servicios en ese campo y la realización de la demás acciones que establezcan las disposiciones legales aplicables.

3.4 JUSTICIA Y EQUIDAD

Es de aceptarse que toda norma esta sujeta a interpretación y entendimiento, factores que varían por múltiples razones individuales y culturales, racionalmente esta condición debiera dar lugar a una estricta individualización especialmente en el casos de los menores para procesar el significado y la importancia de las infracciones, atendiendo, en estricto a un proceso de socialización que esta ocurriendo activamente en esta época de la vida del individuo. La socialización no implica simplemente la introducción de la normalidad, sino además un complejo de factores individuales y grupales que interactúan y deben ser tomados en comparación. Las normas en sí mismas presentan una jerarquización de aceptación. Las hay que constituyen meras costumbres, modas o imposiciones, culturales y las hay cuya infracción esta gravemente penalizada, como ocurre con las que contempla la ley penal. Existen normas no impuestas legislativamente que surgen de manera espontánea de las diferentes subculturas y dependen en su variación de la clase social, el grupo técnico, el grado de urbanización; la religión, la edad, el sexo y la ocupación. (40)

" Gran parte de la conducta normal y tal vez casi toda es producto de personas clinicamente normales ". (41)

(40) ALBERT COHEN MENCIONADO POR RAYMOND V. MACK " SOCIOLOGIA Y VIDA SOCIAL ", " COLEGIO DE ABOGADOS " IDEM FORO DE MEXICO, A. C.

(41) ED. UTEAH " LA VIDA SOCIAL DEL HOMBRE ", IDEM " FORO DE MEXICO ", " COLEGIO DE ABOGADOS "

Howard Becker, dice : " No acepto la definición de la sociedad de que las personas son anormales, pero reconozco el hecho de que ello las etiqueta como tales y que esta etiquetación tiene consecuencias para las personas señaladas de anormales ". (42)

La obtención de la oportunidad exige escolaridad, experiencia, disponibilidad de tiempo y condiciones físicas, pero a la vez se carece de escuelas, de sitios donde adquirir experiencia, el tiempo esta dedicado a sobrevivir en lo elemental, no hay servicios de salud eficientes y por lo tanto, resulta imposible alcanzar lo que exige para lograr un estatus social promisorio.

El ordenamiento social define que una transgresión a la norma debe manifestar el contenido de intencionalidad para ameritar una sanción, de esta condición se hace salvedad en los menores a quienes se les exime de intencionalidad en el sentido penal, y de aquí que sean exceptuados de la posibilidad de comisión de delitos, conducta que requiere del cumplimiento de un tipo para darse por aceptada.

La postura descrita pareciera de amplia comprensión hacia la situación de los menores, pero en realidad como contraparte, ésta evita que gocen de las garantías y los derechos que tienen los adultos que delinquen, como es la defensa personal y otros beneficios que la Ley precisa. " El menor queda sujeto completamente al árbitro del Estado que se erige de tutor ante la suposición de que los que ejercen tutoria de manera natural se muestran ineficaces ".

La institución actual constituye una inadecuada aplicación de recursos, y un sitio en que se agreden los más elementales derechos humanos, sin el mínimo conocimiento sociológico del fenómeno, que tiene encomendado conocer, y es más también se supone que tiene encomendado resolver ".

En lo particular considero que el estudio que se hace de los menores hipotéticamente es correcto, pero definitivamente no lleva a soluciones de ninguna naturaleza.

Los derechos de menor son tan intangibles, si todos los días viven frustración en las esquinas donde trabajan y en el barrio donde viven, hasta dónde llega la contradicción del respeto al

(42) HOWARD BECKER - SOCIOLOGIA - IDEM - FORO DE MEXICO - COLEGIO DE ABOGADOS.

menor ?

La familia es la unidad básica del éxito o del fracaso y se ha observado que una gran parte de la población de menores infractores proviene de grupos familiares en donde los padres son incapaces de educar a sus hijos, familias que consideradas en su conjunto, no ejercen sus funciones adecuadamente y se entornan desorganizadas y desintegradas en donde la mutilación familiar es factor determinante en el futuro de los niños.

Los factores económicos precarios, conllevan a esta población al desempeño desde temprana edad, en actividades laborales mal remuneradas, cada vez se les va haciendo más difícil la posibilidad de hacer suya la función educativa y socializante, empujándolos a la comisión de conductas para y antisociales.

El marco jurídico del menor se ubica dentro del contexto predeterminado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual en su Artículo 3 atiende precisamente a la formación del menor para el desarrollo armónico de sus semejantes, sin distinción de raza, sexo, credo, posición económica o impedimento físico, para que orienten todos sus actos por el sendero del amor a la patria, a la independencia y la justicia.

Por otra parte, el Artículo 4 establece como deber primordial de los padres el de preservar el Derecho de los menores a la salud física y mental y a la satisfacción de sus necesidades.

Dispone asimismo, que la ley determinará los apoyos para su protección, los cuales estarán a cargo de las instituciones públicas.

En el concierto universal el clamor por un nuevo orden económico internacional esta convirtiéndose en prioridad, pero existe el riesgo de que en la angustia por renegociar las tremendas deudas de los países en desarrollo, se dejen sin garantizar las necesidades de la infancia y sobre todo de los pobres.

Albert Schweitzer dice : " Que consiste en nunca sacrificar a un ser humano co nuestro propio egoísmo ". (43)

Nos acercamos al final del milenio, la realización de un gran esfuerzo renovador encaminado a proteger la vida y el desarrollo

(43) ALBERT SCHWITZER MENCIONADO POR EL PRESIDENTE DEL ORGANO NO GUBERNAMENTAL " SUROPTIMISTA ", SRA. SOCORRO CAMINO, OP CIT. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA DEL 87.

de la infancia es, además de un aspecto práctico, un argumento ético. No detener la pobreza y el sufrimiento que afecta hoy a millones de niños se traducirá en retrasos de desarrollo, que habrán de perpetuarse de generación en generación.

" Siempre se ha considerado que el Estado es el que debe reglamentar estas actividades " Prevención y Readaptación ", pero debemos tomar en cuenta que la medidas preventivas están íntimamente ligadas con la administración de justicia, y mientras la justicia no sea por igual, es decir, equitativa para todos, se evite la corrupción, más difícil será lograr la prevención de la delincuencia o la readaptación en su caso de quien la ejerza ".

La justicia social es la síntesis deontológica de todo orden jurídico y de la política gubernativa del Estado.

3.5 EL MENOR COMO GOBERNADO (ARTICULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONAL, PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD)

Bien sabemos, que toda persona que nazca en la República Mexicana es gobernado por los Estados Unidos Mexicanos, es decir, se somete a cualquier autoridad del Estado, dentro de un régimen jurídico, obedeciendo así a determinados principios previos sometándose a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del Derecho, constituyendo así las garantías de seguridad jurídica. (44)

El artículo 14 Constitucional. El gobernado encuentra una amplísima protección a los diversos bienes que integran su esfera de derecho.

El Artículo 14 constitucional es un precepto complejo es decir, en él se implican cuatro fundamentales garantías individuales que son : La de irretroactividad legal (párrafo primero), la de audiencia (párrafo segundo), la de legalidad en materia judicial penal (párrafo tercero), y la de legalidad en materia penal (párrafo cuarto).

I. Garantía de la irretroactividad de las leyes :

Esta garantía esta concebida en el primer párrafo del artículo 14 de la ley suprema en los siguientes términos :

(44) IGNACIO BURROA " LAS GARANTIAS INDIVIDUALES ", P. 302

" A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna ".

La Suprema Corte ha asentado : " Al establecer el artículo 14 constitucional como garantía del individuo que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, no debe entenderse por el acto de expedir la ley, sino que también comprende a la autoridad que hace la aplicación de ella a un caso determinado, porque así permiten interpretarlo los conceptos mismos de la disposición constitucional que se cometa, ya que al igual que la primera de esas autoridades puede imprimir retroactividad al ordenamiento mismo haciendo que modifique o afecte Derechos adquiridos con anterioridad, la segunda al aplicarlo hace que se produzca el efecto prohibido ". (43)

II.- Garantía de ausencia :

"Implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del poder público que tiendan a privarlo de sus más caros derechos y sus más preciados intereses ", esta tipificada en el segundo párrafo de nuestro artículo constitucional.

" Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades o derechos, sino mediante Juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas " con anterioridad al hecho ".

En este segundo párrafo se maneja una verdadera y sólida protección a sus bienes jurídicos integrantes de su esfera subjetiva de Derecho.

Están protegidos, a través de la Garantía de Audiencia, la vida, difícil de definir pero tomaremos como la proteccional del mismo ser humano en su substantividad psico-física y moral como persona, a su propia individualidad, (44) la libertad, como facultad genérica natural del individuo consistente en la forjación y realización de fines vitales y en la reelección de medios tendientes a conseguirlos, la propiedad, que es el derecho real por excelencia, lo protege como propietario sea legítimo o ilegítimo, falso o verdadero y la posesión es un poder tático desplegado sobre una cosa, a través del cual, quien lo ejerce puede desempeñar conjunta o separadamente, el ius fruendi, el ius

(43) INFORME CORRESPONDIENTE AL AÑO DE 1945 IDEM - COLEGIO DE ABOGADOS -

(44) OP. CIT. P. 337 - REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA DE 87 -

utendi o el ius abutendi (disposición de la cosa). (47)

Este segundo párrafo se traduce en un procedimiento que válidamente puede desenvolverse ante la autoridad respectiva, en el que el afectado tenga buena ingerencia a efecto de producir su defensa.

III.- Garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal (Párrafo III del artículo 14 constitucional)

" En los Juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata ".

Un hecho cualquiera, que no este reputado por la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea, susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comete. Para que un hecho constituya un delito, es menester que exista una disposición legal que establezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista aquella, el acto o la omisión no tienen el carácter de delictivos. Si no existiera correspondencia con el delito (48) y la ley provocaría una violación, por pretender aplicar una sanción penal a un hecho que no este legalmente considerado (principio de nullum crimen nulla pena sine lege) (49)

IV.- Garantía de legalidad en materia jurisdiccional civil (cuarto párrafo del artículo constitucional)

" En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho ".

La interpretación literal de la ley implica la extracción de su sentido atendiendo a los términos gramaticales en que su texto esta concebido. Este método es válido si la fórmula legal es clara, precisa, sin que en este caso sea doble eludir su literatura " bajo el pretexto de penetrar en su espíritu ". (50)

Si el texto de la ley es equívoco o conduce a conclusiones contradictorias o confusas, su letra no debe ser la fuente de las decisiones jurisdiccionales, sino que éstas deben fundarse en su

(47) DISFRUTE, USO Y DISPOSICION.

(48) ART. 7 CODIGO PENAL

(49) NULO CRIMEN NULA PENA S/LEY

(50) " METHODE DE ANTERPRETATION ET SOURCE ENDROIT PROSITIF ".
CITADO POR GENY, TOMO I P. 20

interpretación jurídica, según lo ordena el cuarto párrafo del art. 14 constitucional.

ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL

" Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajos potestad, de persona digna de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que unicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluiría, una acta circuntanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias unicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos ".

La forma del acto autoritario de molestia, el cual debe derivarse siempre de un mandamiento u orden escritos. Cualquier mandamiento u orden verbal que originen el acto perturbador o que en el mismo contengan la molestia en los bienes jurídicos a que se

refiere dicho precepto de la Constitución, son violatorias del mismo. Su finalidad fundamentación y motivación legales del hecho autoritario que lo afecte, así como de la autoridad de quien provenga.

El acto de aprehensión o detención contra una persona, consiste en que la acusación, querrela o denuncia de un hecho delictivo sancionado legalmente con pena corporal debe estar apoyada en una declaración rendida por una persona digna de Fé y bajo protesta de decir verdad o - disyuntiva - en otros datos que hayan probable la responsabilidad del acusado, o circunstancias que presuman la probable responsabilidad, aún cuando dicha responsabilidad se desvanezca durante el Juicio. (51)

Las autoridades por disposición del departamento del Distrito Federal están facultadas para llevar acabo las visitas domiciliarias, que equivale a las inspecciones para constatar en cada caso concreto la observancia de los reglamentos gubernativos o de los ordenamientos de carácter fiscal, no solo no deben estar precedidas por orden judicial alguna, sino ni siquiera por ningún mandamiento escrito. Por ende, cuando dichas autoridades realicen o pretendan realizar visitas o inspecciones sin que ésta tengan el fin específico precisado, surge una evidente violación al último párrafo del artículo 16 constitucional.

Una vez por entendido la interpretación de los dos artículos anteriores, podemos darnos cuenta como realmente se violan por el consejo tutelar estas dos garantías individuales al pequeño gobernado.

3.6 DERECHOS DE MENORES Y SU EJERCICIO

Abrirnos a la modernidad, es apoyar una instancia en favor de la niñez. Es hacer una reflexión hacia el marco jurídico que rege al infante.

El estar especialmente interesados en la problemática del menor implica una amplia cobertura de fenómenos que todos ellos influyen o afecta de alguna manera el crecimiento y el desarrollo del individuo.

No es esta la primera vez que se ponen a la mira las

(51) IGNACIO BURROGA OP CIT. P. 610

desviaciones de conducta social que el menor manifiesta. Los fenómenos que impulsan tales desviaciones de conducta pueden considerarse de índole familiar, económica, política, educativa, laboral, etc., que en su conjunto nos dan ideas de la multifactorialidad de la conducta antisocial del sujeto.

Consideramos que el error principal en las acciones está en sus defectuosas bases de conocimiento, o en el mejor de los casos, de la imprecisión que se tiene de las condiciones sociales que dan lugar al fenómeno y que deben ser conocidas, fenómeno que exige ser enfrentado en toda su magnitud y significado, porque contrariamente a lo deseado esta en aumento cuantitativo y cualitativo.

No podemos soslayar que el Consejo Tutelar para menores debe sufrir una revisión en su posible validez constitucional, jurídica, familiar y sobre derechos humanos.

La documentación que existe de la legislación que incide en la atención del menor es abundante y campean la amplitud de temas referentes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de Amparo, Agraria, Ley Federal del Trabajo, Ley de Seguridad Social, reglamento de Salud Pública, Ley Federal de Educación, Ley Federal de Radio y Televisión y otras.

La documentación existe, pueden ser actualizados y aplicarse. Ocurre que en materia de investigación social respecto al tema que nos preocupa estamos no tan solo atrasados, sino aún pendientes de iniciar la labor.

En nuestro país, la organización social actual es producto de una revolución histórica de la que dimanaron obligaciones para proporcionar asistencia de seguridad social, de educación básica gratuita, de derecho a la salud, de derecho al trabajo y protección a la familia. Las instituciones existen pero sus resultados son precarios, y se diluyen en la fantasía, pues sus efectos reales son mínimos.

La conducta del menor, en tanto adolescente, que es el periodo de mayor incidencia ante el Consejo Tutelar para Menores, (es una de estas fantasías sociales), es un complejo de múltiples expresiones, cuyas determinaciones son de orden biológico, psicológico y social.

Si realmente comprendemos la problemática del adolescente nos damos cuenta de que una de las mayores aberraciones que vivimos es penalizar su conducta, que en última instancia sería lo que se logra con los consejos tutelares, pues la asistencia social que brindan es mera ficción. Finalmente los consejos tienen carácter de factores amenazantes que estigmatizan prematuramente al individuo, etiquetándolo como predelincente.

Debemos plantearnos : Realmente, ¿ cuál debe ser el abordaje social jurídico que brinde y respete los derechos del menor ? ...

Se busca un tratamiento o diagnóstico, el cual disminuya este problema y tomaríamos dos tipos :

Las acciones terapéuticas podrán corresponder a dos clases, las genéricas y las específicas.

a) Genéricas : Hemos de entender aquellas acciones terapéuticas que tienden a corregir condiciones que les son comunes a los menores infractores resultante del grupo familiar y social del cual son emergentes, los hábitos de estudio, de higiene, de disciplina que se les han de enseñar serán comunes, y a todo el universo de infractores con la intención de suplir las carencias de las que hasta este entonces han sido víctimas.

b) Específicas : Siempre serán individualizadas, obedecerán a las condiciones especiales del infractor, un tratamiento médico, tratamiento psicológico individual, que tendrá como objeto fundamental el proporcionar los elementos suficientes para asegurar un sano desarrollo de la personalidad.

La prevención ha de fincarse más en acciones positivas que con la amenaza que se pueda hacer a los potenciales infractores, es preciso destacar que es necesario orientar las acciones preventivas hacia el mejoramiento de los factores intrínsecos del ser humano que le permitirán contar con más y mejores recursos para poder hacer frente a las influencias nocivas que se encuentran en el ambiente.

Las acciones de prevención especial incluyen aquellas que se tomarán con el menor que ya ha dado muestras de conducta desviada y en el cual el Estado debe ejercer su tutela a través de las instituciones de tratamiento que pueden incluir desde el

internamiento, la menos deseable, sometidos a un régimen de pedagogía correctiva con la participación de diferentes disciplinas técnicas, hasta los métodos del tratamiento en libertad.

Estamos conscientes de que el menor con conducta desviada, la mayoría de las veces, es la expresión de los conflictos de su grupo familiar, por lo que las acciones terapéuticas, invariablemente deben alcanzar a este, razón por la que es preciso establecer el compromiso del medio familiar que rodea al infractor, solo así unidos los esfuerzos de la familia y las instituciones del Estado, podremos alcanzar nuestros más caros propósitos en beneficio de la niñez y juventud, cuyo futuro nos ha sido confiado.

El menor debe ser respetado como cualquier persona y puede inclusive exigir que se cumplan con sus derechos, reclamándoselos a quien ejerce la Patria Potestad ante los jueces familiares.

La Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal. (52)

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 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. (53)

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados.

La tutela es una institución importante en el tema que nos ocupa, porque conforme al Código Civil, los menores de edad tienen incapacidad legal y natural.

A este respecto y como comentario hacemos notar que la incapacidad del menor es de ejercicio.

Existen dos tipos de incapacidades par todos los seres humanos, como primera la de goce y como segunda la de ejercicio.

(52) TITULO OCTAVO, CAPITULO PRIMERO, ART. 418 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL P. 120

(53) TITULO NOVENO CAPITULO PRIMERO, ART. 449 OP CIT. P. 126

La capacidad de goce es aquella que nos permite ser titulares de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercicio es la que nos permite ejercerlos en forma directa. Es decir el menor es sujeto de derechos pero no puede ejercitarlos directamente, por lo que carece de capacidad de ejercicio. En consecuencia, el menor es representado por los que ejercen la patria potestad (generalmente sus padres) o puede ser, el menor representado por un tutor o por el Ministerio Público.

Existen los medios para que el menor pueda hacer valer sus derechos en el Código de Procedimientos Civiles se establecen los tipos de juicio en que el menor puede exigir sus derechos (juicios ordinarios o controversias de orden familiar) pudiendo hacerse representar por los que ejercen la patria potestad, por su tutor o por el Ministerio Público. (54)

La ley general de salud, clasifica los servicios de salud en tres tipos :

- 1) De atención medida.
- 2) Salud Pública.
- 3) Asistencia social.

En su título noveno, capítulo único, define la asistencia y señala como actividades básicas de la misma la atención en establecimientos especializados a manores y ancianos en estado de abandono, desamparo e inválidos sin recursos, el ejercicio de la tutela de los menores en los términos de las disposiciones legales aplicables; y la prestación de servicios de asistencia jurídica y de orientación social, especialmente a menores, ancianos y minusválidos sin recursos, y finalmente establece que el Gobierno Federal, contara con un " Organismo " que tendrá entre 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 legales aplicables. El Organismo a que se refiere la ley general de salud, es " DIF ". (55)

La ley sobre el sistema Nacional de Asistencia Social establece como servicios básicos :

- La orientación nutricional y la alimentación complementaria a personas de escasos recursos y a población de zonas marginadas.

(54) ART. 304 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL P. 124

(55) SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA.

- La promoción e impulso del sano crecimiento físico, mental y social de la niñez.
- La colaboración y auxilio a las autoridades laborales competentes en la vigilancia y aplicación de la legislación laboral aplicable a los menores.
- El fomento de las acciones de paternidad responsable, que propicien la preservación de los derechos de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.
- Etcétera.

La misma ley señala como sujetos preferentes de la recepción de los servicios antes descritos a, menores, en estado de abandono, desamparo, desnutrición o sujetos a maltrato, requieran servicios asistenciales; víctimas de la comisión de delitos en estado de abandono, familiares que dependan económicamente de quienes se encuentre detenidos por causas penales y que queden en estado de abandono.

Asimismo, el Artículo 15 de dicha ley establece las funciones que deberá realizar el DIF para el logro de sus objetivos, entre los que destacan : La prestación de servicios de asistencia jurídica y de ordenación social a menores, ancianos y minusválidos sin recursos; apoyar al ejercicio de la tutela de los incapaces, que correspondan al Estado, en los términos de la Ley respectiva; operar establecimientos de asistencia social en beneficio de los menores en estado de abandono, de ancianos desamparados y minusválidos sin recursos; y poner a disposición del Ministerio Público los elementos a su alcance en la protección de incapaces y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables.

En este contexto, el DIF como Organismo del Gobierno Federal, encargado de ejecutar sus programas de asistencia social, desempeña funciones encaminadas a la protección de los grupos más débiles de la sociedad y contribuye a su bienestar através de nueve programas institucionales, que garantizan la eficiencia de sus acciones.

El Programa de Asistencia Jurídica opera a través de la Procuraduría de la Defensa del Menor, y la Familia, y consiste en

la prestación organizada, permanente y gratuita de servicios de asistencia jurídica de orientación social a menores, ancianos y minusválidos sin recursos, así como la investigación de la problemática jurídica que les aqueja, especialmente la de los menores.

En su programa incluye la conciliación de los intereses de los integrantes del núcleo familiar, además de que representa aquella población cuya condición social es más vulnerable, procurando, a través de la coordinación interinstitucional, el respeto a las garantías constitucionales plasmadas en nuestra Carta Magna.

Los Servicios Asistenciales que en materia jurídica presta la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia son fundamentalmente los siguientes :

- Divulgación y enseñanza de las Instituciones Jurídicas emanadas del pueblo e instituidas en su propio beneficio, teniendo como fundamento la tesis de que la ignorancia del Derecho no exime su obligatoriedad; o sea la ignorancia de la Ley no excusa su incumplimiento.

Asesoría Jurídica a la comunidad en general a través de pláticas de orientación, conferencias y cursos, a efecto de que se conozcan los derechos y obligaciones de los ciudadanos y los mecanismos que procuran su respeto. Asimismo desahoga consultas jurídicas y en cada problema concreto, lo resuelve o canaliza a las autoridades correspondientes, explicando a los interesados el fenómeno que les afecta.

Representación judicial o administrativa cuando se afecten los intereses legales de los menores, los ancianos, los minusválidos o cuando se atente contra la seguridad o integridad de la familia.

- Supervisa a través de los Consejeros Locales de Tutela las funciones que desempeñan los tutores y curadores.

- Su actividad la ha convertido en un órgano especializado en Derecho Familiar, por lo que con frecuencia interviene en juicios relativos a alimentos, adopción de menores o incapacitados, rectificación de actas, divorcios, maltratos a menores y en general en todos los problemas inherentes a la

Familia.

- Esto le ha permitido realizar estudios específicos sobre la materia y establecer a nivel nacional, la unificación de criterios sobre tópicos de interés en la legislación familiar.

Por otra parte ha promovido en todo el país la creación de juzgados en materia familiar y las reformas y adiciones relacionadas con la misma materia.

Asimismo con el fin de descentralizar los servicios de Asistencia Jurídica, la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, cuenta con una oficina de asesoría y divulgación en los Centros Familiares, de Desarrollo de la Comunidad y de Bienestar Social y Urbano DIF. A través de ellas, se prestan los servicios de asistencia jurídica.

Es importante mencionar que en cumplimiento a la política del Ejecutivo Federal, de descentralizar los servicios que presta la Administración Pública, actualmente existen en las 31 entidades federativas que conforman nuestra República, Procuradurías de la Defensa del Menor y la Familia dependientes de los DIF - ESTATALES y en un número importante de Municipios de los Estados, otorgando sus servicios, con el mismo modelo con que opera la Procuraduría del DIF-NACIONAL.

La comunicación entre el DIF-NACIONAL y los DIF-ESTATALES se realiza a través de una oficina de Enlace y Depacho Foráneo, que coordina la prestación de los servicios que al sistema competen en el área jurídico, social y familiar.

La Oficina de Centros Especializados, con sede en las Casas Cuna del DIF, se encarga de estudiar en forma integral la problemática de los menores albergados en esa institución y en la Casa Hogar; procurando resolver su situación a la mayor brevedad posible, con objeto de reintegrarlos al núcleo familiar, ya sea en el propio o a través de la adopción.

La tutela es la institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona y de los bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos.

La tutela puede también tener por objeto la representación

interina del incapaz en los casos especiales señalados por la Ley.

De conformidad con el convenio de colaboración interinstitucional celebrado por la Presidenta de nuestro Patronato y el Jefe del Departamento del Distrito Federal, en 1979, se otorgó al DIF la facultad de designar a los integrantes de los Consejos Locales de Tutelas.

El Consejo Local de Tutelas como auxiliar de la Administración de Justicia, es un órgano de vigilancia y de información que tiene entre otras obligaciones las siguientes :

- Formar y remitir a los Jueces de lo Familiar una lista de las personas de la localidad, que por su aptitud legal y moral pueden desempeñar la tutela, para que de entre ellos se nombren los tutores y curadores, en los casos en que esta facultad corresponda al Juez.

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

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

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

En el Área de asistencia social jurídica la conforman las Coordinaciones Técnicas de Integración Familiar y la de Readaptación Social. La primera cuenta con las secciones de integración social, Coordinación de Internados y DIF-Preman, que es el programa de prevención del maltrato a menores, la segunda Coordinación Técnica cuenta con las secciones de Prevención y Orientación Psicológica, Libertad Vigilada y Bolsa de Trabajo.

La Oficina de Integración Familiar, ofrece sus servicios de protección y auxilio a los menores maltratados, huérfanos o abandonados, a través de acciones que contribuyen a su bienestar e integración social.

Su sección de integración social, cuenta con un programa consistente en coadyuvar en la protección de los menores en estado

de abandono, desamparo o que sufren problemas de salud y de conducta, mediante actividades dirigidas a orientar a la familia respecto de la importancia del núcleo familiar, para el sano crecimiento de la personalidad del menor.

Su sección de Coordinación de Internados proporciona atención a los menores que se encuentran en condiciones de desamparo, ya sea por abandono u orfandad, colocándolos en las instituciones adecuadas para su custodia y educación, procurando su integración a la familia.

En la sección DIF - PREMAN, se atienden a los menores de edad que son víctimas de maltrato por parte de sus padres, tutores o custodios. Su programa de prevención al maltrato del menor tiene como objeto general, coadyuvar a la detección, protección, investigación y prevención de la problemática del menor sujeto a malos tratos, a través de brindarle asistencia jurídica, médica y social en caso necesario.

En el mes de mayo de 1983 quedó instalado El Consejo Consultivo para el Manejo de Acciones en Beneficio del Menor Maltratado. A partir de esta fecha, la atención a los menores víctimas del maltrato por quienes son responsables de su cuidado y educación se hace también se hace también a través de la Coordinación Pública, así como de organismos de los sectores social y privado interesados en esta población.

Asimismo, a través del Instituto Nacional de Salud Mental, se realiza la investigación científica de las causas, el tratamiento y la prevención de las alteraciones de la salud mental en los niños y jóvenes, incluyendo la atención a mayorescuando son agresores de sus propios hijos.

La Sección de Prevención y Orientación Psicológica, proporciona servicios de evaluación, diagnóstico y orientación psicológica a la población que atiende al Sistema en problemas de aprendizaje, difusión orgánica, emocionales y de personalidad, así como los estudios que en este ámbito les solicite la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia.

El Programa de Prevención de la Farmacodependencia esta dirigido a proporcionar servicios de prevención y orientación a grupos dentro del ámbito de influencia del Sistema, impartiendo pláticas a menores, adolescentes, padres de familia, maestros y a

todos los que se presentan voluntariamente a solicitar orientación. 150

Como hemos visto anteriormente, nos damos cuenta que si existen derechos del menor, pero este no los conoce, por lo tanto, falta dar esta información a la Población.

CAPITULO IV

* PERSPECTIVA JURIDICA DEL PEQUEÑO INFRACTOR *

- 4.1 PROCEDIMIENTO QUE SE SIGUE CONTRA MENORES INFRACTORES.
- 4.2 TRATAMIENTO DE MENORES COMO UNA VIOLACION A LOS DERECHOS HUMANOS (EL DERECHO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA).
- 4.3 PERSPECTIVA JURIDICA DE LA MEDIDA DE TRATAMIENTO COMO VIOLACION A LOS DERECHOS HUMANOS.
- 4.4 DERECHOS HUMANOS - LEGISLACION PENAL SUSTANTIVA.
- 4.5 INDETERMINACION DE LA MEDIDA DE TRATAMIENTO.
- 4.6 DEFECTOS DE LA LEY DE CONSEJOS (TUTELARES).
- 4.7 LEY APLICABLE A MENORES INFRACTORES.

* CAPITULO IV *

* PERSPECTIVA JURIDICA DEL PEQUENO INFRACTOR *

4.1 PROCEDIMIENTO QUE SE SIGUE CONTRA MENORES INFRACTORES

Antes de dar a conocer que procedimiento se sigue contra menores infractores, es necesario primero saber la ley, a quiénes considera menores infractores.

Se consideran menores de edad y por consecuencia sujetos del mismo, las personas cuya edad fluctúe entre los siete y dieciocho años. (1)

Son de carácter individualizado, imparcial y sin ningún tipo de discriminación en relación a la nacionalidad, raza, condiciones económicas y sociales, los tratamientos externos, instituciones y postinstitucional.

Si se imputa la ejecución de un hecho infractor a menores de siete años, estos " menores infractores " no serán sujetos a ninguna clase de procedimiento y el Ministerio Público se limitará a recibirles declaración, claro está, siempre y cuando estos " menores infractores " pudieren expresarse, para lograr obtener una investigación sobre la ejecución del hecho en caso de haber sido instigados, auxiliados o encubiertos por mayores. (2)

Ahora bien si los " menores infractores " son menores de dieciocho años, ahora si el funcionario del Ministerio Público, practicara las diligencias necesarias y una vez concluidas éstas la autoridad competente para conocer del caso de acuerdo con la ley del Tribunal para menores del Estado de México. (3)

Por otro lado el Art. 441 del C.P.P. para el Estado de México, nos marca si en el hecho delictuoso hubiesen participado tanto mayores como menores, se dividirán en 2 grupos, a los mayores se les mandará con la autoridad judicial correspondiente para que conozcan del caso y a los menores será con la autoridad protectora debiéndose remitir a ambas, copias de las actuaciones.

- (1) ART. 2 TITULO PRELIMINAR, DISPOSICIONES O GENERALES ANTEPROYECTO DE LA NUEVA LEY DE REHABILITACION PARA MENORES DEL ESTADO DE MEXICO, AGOSTO 12, 1987.
- (2) ART. 439, PROCEDIMIENTO RELATIVO A MENORES CAPITULO II, CODIGO DE P. P. PARA EL ESTADO DE MEXICO, 1987, LEY 218.
- (3) ART. 440 C. P. P. PARA EL ESTADO DE MEXICO, LEY (2)

Si durante la averiguación practicada por la autoridad protectora aparece que el menor fue instigado, auxiliado o encubierto para la ejecución del delito por uno o varios mayores, aquella hará compulsas de las actuaciones y las remitirá al Ministerio Público (Art. 442 C.P.P. para el Estado de México).

El Art. 8 en las disposiciones generales del ante proyecto de la nueva ley de rehabilitación para menores del Estado de México, nos dice lo siguiente :

Art. 8 " Los hombres con averiguación previa, serán puestos a disposición de la delegación tutelar más cercana por la agencia del Ministerio Público, para el efecto de realizar los estudios necesarios para el diagnóstico y pronóstico, para que con base a ellos, se decida si se envía al menor a cualquiera de las escuelas de rehabilitación para tratamiento institucional o bien para tratamiento externo en la respectiva delegación tutelar.

En los Distritos Judiciales en donde no se cuente con delegación tutelar, el Ministerio Público enviará al menor directamente a cualesquiera de las escuelas de rehabilitación existentes "

De dichas rehabilitaciones existentes, tienen a su cargo un consejo tutelar para menores, el cual tiene por objeto : Promover la rehabilitación social de los menores de dieciocho años, mediante el estudio de su personalidad, la aplicación de medidas educativas y de protección, así como la vigilancia del tratamiento.

4.2 TRATAMIENTO DE MENORES COMO UNA VIOLACION A LOS DERECHOS HUMANOS (EL DERECHO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA)

El Código Civil establece una serie de derechos para el ser en formación (derechos prenatales), como lo son las providencias legales cuando la mujer se encuentra embarazada o los derechos del menor por nacer si fallece, por ejemplo : su padre, como son el de llevar su apellido (en caso de matrimonio) o de reconocimiento por medio de testamento, si no lo esta, o bien, el derecho a heredar si nace.

Derecho a un nombre, en nuestro Código Civil vigente desaparecieron, por ignominiosas, las antiguas clasificaciones de tipos de hijos, con anotación de las mismas en sus actas de

nacimiento. Por lo mismo, en la actualidad no existen testigos entre hijos de matrimonio y los que no lo son. Por tanto; si el hijo es de matrimonio (se presume hijo del mismo el que hace dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio o dentro de los 300 días de disuelto el matrimonio por cualquier causa).

Deberá llevar el apellido paterno y el apellido materno. En caso de no serlo llevará el apellido del padre que lo reconozca y siempre el de la madre, excepto en casos en que se desconozca quien es ésta, pero puede llevarse a los tribunales la investigación de la maternidad.

Filiación : Es el derecho derivado del parentesco entre padres e hijos, con todas sus consecuencias legales. La filiación de hijos de matrimonio se prueba con las partidas del registro civil de nacimiento del menor y de matrimonio de sus padres. Se puede adquirir también la filiación cuando se nace fuera de matrimonio por el reconocimiento de sus padres o bien por la posesión de estado de hijo. Existe también por medio de la legitimación, que consiste en que se considera hijo de matrimonio cuando sus padres se casan después de haber nacido el menor.

DE LA PATRIA POTESTAD : Esta figura no solo constituye una obligación de los padres de educar y dar alimentos a sus hijos, sino el derecho de los hijos a exigir lo anterior, así como el estar al lado de sus padres.

Ahora bien, como mencioné antes desde que se esta en vías de nacer ya se tienen derechos, (el derecho de la vida), y hablando desde el punto de vista legal, desde que se nace ya se tiene capacidad jurídica y entrando así a la protección de la ley, claro esta que a los menores se les hacen restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por sus representantes.

Volviendo a nuestro tema, los menores tienen sus derechos humanos, como anteriormente mencionamos algunos, si es importante que la ley haya creado un consejo tutelar para menores infractores. Pero creo yo que es más importante saber de donde surge este verdadero problema.

La conducta infractora en los menores de edad invariablemente forma parte de un todo más complejo que debe de entenderse como la expresión de una personalidad que esta sufriendo alteraciones en

su proceso de desarrollo.

El número de menores de edad autores de una conducta antisocial que ingresan a las instituciones tutelares y son sujetos de tratamientos se ha incrementado considerablemente en los últimos años.

Desde mi punto de vista y siento yo que la violación a los derechos del menor, radica en que los padres se consideran dueños de un objeto (menor) mas no de un ser humano, de ahí que sienten que pueden hacer con ellos lo que quieran o vulgarmente como se dice, lo que se les pegue la gana, ejemplo : Haces lo que yo te digo, porque soy tu padre o madre ! (según el caso) o bien, Me tienes que obedecer en todo, porque yo te mando !

En caso de no cumplir sus peticiones, es cuando ellos, los padres, se creen que tienen el derecho de " Golpearlos " al grado de maltratarlos seriamente o de amenazarlos, provocando así, un conflicto psicológico entre sus padres y los menores. Surgiendo así tanta problemática en el sentido que son mal orientados, y es cuando ellos deciden por sí solos o por sus padres delinquir en infracciones que afecta serios delitos, como robar y otros más, así pienso y estoy segura que buscan un escape que es el de introducirse a la droga para salir o sentir ellos que se les olvida el problema en el que están viviendo.

Tan grave es esto, que hasta los mismos medios de comunicación en la actualidad lo sacan tanto en la tele como " Di no a las drogas " y nos ponen diferentes casos. (Bravo por esta campaña).

Ahora bien la administración de justicia debe de consistir en ser intermediario en el trato del menor infractor con sus padres, pudiendo éste livianar este mal trato en su caos u orientar a los padres en la educación de sus hijos como seres humanos, no como objetos.

4.3 PERSPECTIVA JURIDICA DE LA MEDIDA DE TRATAMIENTO COMO VIOLACION A LOS DERECHOS HUMANOS

A mi juicio lo Derechos de los menores deben permanecer en el Código Civil y su cumplimiento debe ser conocido por los Jueces. Se hace este comentario porque existe idea de crear una legislación especial para los derechos del menor. Me uno a esta

idea porque creo, que el separar del Código Civil lo relativo a los menores podría ocasionar mayor adecuación a los derechos de las personas (desde luego a los menores) que correctamente se encuentran dentro del marco del Código Civil.

Por otro lado, considero que el problema no es de legislación en relación a los menores (las leyes civiles, laborales, penales y de salud son a nuestro criterio adecuados), sino de vigilancia para que se cumplan fielmente, pero reitero en que debemos elaborar una ley Federal en relación al menor (lato sensu) y una ley local en stricto sensu.

En el caso específico del Código Civil sugerimos exclusivamente algunas reformas, sobre todo en lo tocante a las obligaciones de instituciones sociales en caso de menores expósitos, huérfanos o sin protección de sus padres o parientes obligados, para ejercer tuteladas adecuadas, así como la actuación del Ministerio Público en esos casos, o en el de padres irresponsables o francamente delincuentes en relación a sus hijos. Lo anterior es porque en la actualidad esas instituciones se ven impedidas a actuar (además de por problemas económicos) por falta de ordenamientos adecuados.

Es por eso que debe existir una adecuación de las diferentes legislaciones para evitar contradicciones. Siendo necesario que los diferentes ordenamientos que contienen normas en relación al menor serán congruentes entre sí, para evitar conflictos de aplicación de leyes.

4.4 DERECHOS HUMANOS - LEGISLACION PENAL SUSTANTIVA

Tomando en consideración que el único objeto definitivo de la tutela penal es el de " humanidad ", esto es el respeto al hombre como persona (4), queremos analizar a la luz del mismo los límites que han de ponerse a la investigación científica, pues la experimentación en seres humanos plantea un conflicto entre el que hacer científico y la inviolabilidad del ser humano. (5)

Bien sabemos que el desarrollo no siempre conlleva grandes avances médicos, criminológicos, sociológicos, ya que desbocado, sin controles adecuados, puede convertirse en un propiciador de nuevas conductas desviantes que generen violaciones a derechos fundamentales del ser humano.

(4) CFR. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL (COORDINADOR) SISTEMA PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA (INFORME FINAL) INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, EDITORIAL DE PALAMA, BUENOS AIRES ARGENTINA, 1966 P. 7

(5) UNA MIRADA CRITICA DE ESTA SITUACION, EN EL ART. DE ESTEBAN RAOHI : " EL SISTEMA DE REACCIONES EN EL CODIGO PENAL MEXICANO " EN INVESTIGACION JURIDICA, ENEP-ACATLAN, UNAM,MEXICO, 1981 PP. 87 Y SIGUIENTES.

Por otro lado, la media predelictual aparece sin máscara en la legislación de menores - a quienes puede privarse de su libertad si muestran una etérea tendencia antisocial - con el argumento de que no se les sanciona con esa media sino que se les protege y con el lugar común de que les ha sacado del derecho penal; señalamientos, ambos, inconvincentes, pues la privación de la libertad se lleva a cabo coactivamente. (6)

En otros casos, la pena sin delito no osa mostrarse como tal, se enmascara vergonzantemente. Así ocurre, por ejemplo: Con las figuras de vagancia y mal-vivencia ejemplos claros de derecho penal de autor- conforme a las cuales se castiga a desempleados y mendigos, es decir, con una vuelta de tuerca se convierte a las víctimas de un sistema socioeconómico que no ofrece posibilidades de trabajo a todos, en culpables. No se les sanciona por lo que hacen sino por lo que son, en todo caso, por lo que podían hacer. (7)

Reclamo omnipresente de los diversos sectores de la sociedad mexicana, la democratización no puede dejar de largo-por los severos efectos de su aplicación- al derecho penal. El primer paso será el de demostrar a esos cuatro jinetes apocalípticos.

El rasgo más desconcertante de la legislación penal sustantiva mexicana de la presente centuria, es su orientación ideológica, positivo peligrósista. Los Códigos Penales mexicanos se nutren de disposiciones que harían sonreír de satisfacción a los fundadores de la Sólida positiva. Ello ha generado un grave trastorno del sistema de justicia penal y la reproducción, más bien el empeoramiento, a través de los mecanismos de criminalización, de las condiciones de desigualdad social hasta extremos insufribles.

- (6) CFE RIGBI, ESTEBAN, "DEFENSA SOCIAL Y MENORES INFRACTORES" II JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DEFENSA SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, MEXICO, 1970, RIGBI, ESTEBAN, "MEDIDAS DE SEGURIDAD DESCRIPCION LEGAL, APLICACION JUDICIAL Y EJECUCION, PONENCIA PRESENTADA EN EL PRIMER CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PENAL, PUBLICADA EN REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, MEXICO, ENERO-MARZO DE 1967, PP 219 A 235, DE LA BARREDA, LUIS, "EL MENOR ANTE EL DERECHO PENAL" EN REVISTA A. No. 5, ENERO-ABRIL 1962, UNIVERSIDAD AUTONOMA METROPOLITANA-AZCAPOZALCO, MEX. PP. 105-117, FELLINI ZULITA, MANORES INFRACTORES EN ALEGATOS, No. 1 SEPT-DIC. 1965, REVISTA DE DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA METROPOLITANA, MEXICO PP. 31 Y 33.
- (7) DE LA BARREDA, LUS. "LEGALIDAD PENALES Y PODER PUNITIVO ESTATAL, UN CASO : LAS FIGURAS DE VAGANCIA Y MALVIVENCIA" ENTREVISTA A. No. 14, ENERO-ABRIL DE 1965, UNIVERSIDAD AUTONOMA METROPOLITANA-AZCAPOTZALCO, MEX. PP 97 A 105.

4.5 INDETERMINACION DE LA MEDIDA DE TRATAMIENTO

Antes que nada, debemos saber en que consiste el llamado tratamiento en su sentido amplio, por lo tanto, entendemos como el medio por el cual se busca una transformación de la personalidad de los menores, condicionándolos a que su comportamiento responda a determinadas reglas o patrones de conducta determinadas por quienes, en un momento dado sustentan el poder, de tal forma que se conciba el tratamiento, como el medio idóneo para lograr un cambio en la persona, sus condiciones personales y morales.

Dentro de esta esfera se observa que los autores sostienen que este se entenderá como el " modo o manera en que una persona, situación o cosa es manejada ". (8)

Ahora bien, tratando de justificar su función, vemos que trata de motivar a los menores que no cometan nuevas conductas delictivas, carácter aparente de éstas, sin embargo hay indeterminación en la medida de tratamiento pues cae en el error de llegar a dominar en lo absoluto a los menores a través de este manejo. (9) No obstante existen grandes discusiones lo que es el tratamiento en base a la educación de los menores, es importante si el tratamiento responde minimamente con determinados principios para su imposición, o bien, cumplen en la actualidad su cometido de " readaptación ". Lo que se rige en estos momentos de acuerdo a sistema llevado con los menores, es que el tratamiento se convierta en el eje sobre el cual se sustentan las leyes tutelares, considerando que responde a un carácter no retributivo (10) y de tal forma que no se busca que los menores respondan de sus acciones como delincuentes, sino como seres que actúan con desconocimiento de causa, en virtud de su inmadurez, producto de minoría de edad, es por ello que las resoluciones, sentencias, serán siempre en razón de una medida de tratamiento y no con carácter retributivo.

De tal suerte que no es posible negar que el tratamiento existe en respuesta de algo, aunque no se le quiere considerar que responde al espíritu del castigo, lo cual, a su vez, responde igualmente a otros fines.

Otra indeterminación que se deriva de las medidas de tratamiento para los menores y que encontramos como un acto, por

(8) LOPEZ, REV. CIRIMINOLOGIA I F. 491

(9) MARCO DEL PONT, LUIS DERECHO PENITENCIARIO P. 309

(10) TOCAVEN, EL MENOR INFRACOR. P. 72

el cual podemos considerar como violatorio de derechos humanos al igual que de las garantías individuales, es la referida a la privación de la libertad, en donde resulta ser ilegal, ya que se lleva a cabo sin que se requiera de una afectación de bienes jurídicos, producida por una conducta, sino únicamente sea suficiente para la restricción de la libertad que la autoridad presuma o considere probable de que el menor en el futuro (todo de carácter incierto) realice, ejecute o lleve a cabo una acción que ponga en peligro a su familia, a la sociedad o a sí mismo, siendo así que no es necesaria, basta que se desarrolle el interés " protecto " para la intervención represiva del Estado. No se requiere de una concretización objetiva, será suficiente la apreciación subjetiva, esto es, el de dar cabida a los criterios poligrosistas.

Ahora bien en lo que se refiere al marco conceptual del tratamiento (medida) esta se ha extendido y busca una transformación que intenta el cambio en la personalidad de menor que se convierte en el objeto central, circunstancias en donde se invocaron todos los aspectos subjetivos (internos) de los menores, para su mediatización. Sin embargo a través de la medida de tratamiento, se encauza sobre todo para adiestrar como también el de habilitar en su carácter latente a los menores a ser más útiles para el sector denominante, factores que se logran a través de la privación de su libertad, vía medida de tratamiento ya que ésta es la que mejor desempeña el papel de atenuar y contener cuando sea posible al menor.

Partiendo de lo anterior, se están vulnerando las condiciones personales de cada uno de los que se les priva de su libertad, lesionando el " derecho a su integridad personal ". " Por lo tanto, las leyes tutelares no se encuentran facultadas, a través de ninguna circunstancia, a mitigar o destruir lo interno de los menores.

4.6 DEFECTOS A LA LEY DE CONSEJOS

Este tema tiene mucho que ver con el anterior, debido a que si existe tanta indeterminación de la medida de tratamiento, (como lo he tratado de explicar anteriormente) esta indeterminación es causada por los defectos que existen en la ley de consejo.

(41) CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 5

No existe justificación jurídica ni humana en donde se acepte tal violación, (privación de la libertad). Es importante que desde cualquier ámbito se respete la integridad humana, tanto es con aspectos psíquicos como también moral, generándose así una deformación del pensamiento, violentando los valores que el menor ya tiene y deben ser respetados como seres humanos que son.

En consecuencia, ninguna acción puede legitimar una implicación tan extrema, ya que " toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión ". (42)

Ahora bien, haciendo una crítica constructiva, por no decir DEFECTO, al Art. 15 de la Ley de los Consejos Tutelares, en lo relativo a la imposición imperativa de la misma, esto es por lo siguiente : Artículo 15 " El consejo tutelar para menores, gozará de plena autonomía en el ejercicio de sus funciones de carácter eminentemente técnico ... "

Viendo que al menor se le niegan todos los recursos, no procede ningún medio de defensa en que se pueda desarrollar la impugnación de la medida sobre la decisión tomada por la autoridad. No cabe la posibilidad que el menor rechace dicha protección beneficiaria, aunque no aceptó se " curado ".

La imposición es tal, que necesariamente tienen que ser aceptadas por sus familiares (crítica al Art. 12).

Como se puede observar en el Capítulo I de los consejos tutelares, rebasan los límites jurídicos, en donde la determinación del mismo en ningún momento se le quiere la formalidad de control judicial, a pesar de que esté de por medio una privación de la libertad, que sería, en todo caso, un órgano judicial el facultado para suspenderla, limitarla o restringirla, cumpliendo las formalidades del proceso que contemple las garantías constitucionales y los derechos humanos, para que de esta manera se limite la intervención del Estado. (Crítica a los Artículos 13 y 17 de la Ley de los consejos tutelares).

Otro defecto de la ley, a mi manera de ver, es lo que se suscita dada la naturaleza misma, el no considerar necesario establecer distingos entre menores en su sentido amplio. (Crítica al Art. 14).

Corresponde por ende, que todo menor esta expuesto al

(42) CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 13

recibimiento de tratamiento; tanto los menores normales, como también los menores anormales, así encontramos menores delincuentes normales, como menores delincuentes anormales y los denominados en estado de peligro o los abandonados, por lo tanto, desde esta perspectiva ideológica tutelar, necesitan ser "curados o bien readaptados". La falta de distingos concretiza una mayor violación de derechos humanos y jurídicos, cuando en un mismo lugar y de manera conjunta se practican las denominados tratamientos.

Como otro defecto u error, se desarrollan en los sistemas tutelares, considerando al menor delincuente o no delincuente merecedor de tratamiento, soslayado en su sentido más amplio al principio de inocencia, el menor siempre será responsable ejecute o no ejecute una acción.

Esta violación se constata en esta ley de consejos tutelares, en su Art. 44, en donde se practican los estudios de personalidad, sin analizar plenamente si el menor realizó o no una conducta, circunstancial que pasa a un segundo plano, y en consecuencia, también el principio de inocencia ya que su responsabilidad quedará sujeta a los resultados de los estudios de personalidad, desde ese momento esta la presunción *luris et de jure* de ser merecedor de una medida de tratamiento.

4.7 LEY APLICABLE A MENORES INFRACTORES

No existen criterios establecidos en las leyes tutelares, es desconocer de alguna manera sus propios contenidos, a lo que me refiero es que los contenidos están perfectamente bien definidos y que solo benefician a un sector, dejando desprovista y en desventaja a la clase más oprimida o desprotegida.

Parece ser que las leyes tutelares tienen o contemplan mínimos requisitos; sin embargo, para un sector para quien fue hecha la normatividad, se convierte en grandes requisitos sobre todo cuando se llega a la exigencia económica, familiar, pedagógica, psicológica, etc. Es por eso la necesidad de que las leyes tutelares se basen en hechos concretos.

Cabe señalar que constitucionalmente, se establece en principio que la intervención del Estado es a través de sus leyes,

ésta por razones de control, (13) pero también de delimitación, de esta manera evitar el exceso de su facultad punitiva, sacudiéndose el respeto a la dignidad humana, otorgándose seguridad jurídica, siempre y cuando no se vea vulnerada y llegue al plano fáctico. Pero todo lo contrario, los criterios tutelares rebasan y atentan contra dicho principio, cuando en sus mismas leyes, que los regulan no se señalan las conductas, que el Estado esta reprimiendo, considerando esto como un acto de violación a los principios jurídicos, en especial a éste.

Las leyes tutelares carecen de criterios previamente establecidos en razón de las conductas realizadas.

Este principio representa seguridad para los individuos, que en un momento dado sean privados de su libertad, sin embargo no encuentra cabida en la ideología de las leyes tutelares, mas no significa que el menor no tiene derecho al goce de ella.

Para que podamos entender, el porque de mi tesis, es de suma importancia señalar y analizar cómo esta estructurado el consejo tutelar, como es el procedimiento y por qué se esta violando la garantía del menor.

Una vez que el menor realice una conducta, la cual se estime susceptible de protección, es decir, cuando se presume de que el menor esta en peligro de incurrir en acciones antisociales, o bien cuando el " Núcleo Familiar " en el que se desenvuelve pudiera ocasionarle traumas físicos o psicológicos o cuando se relacione con situaciones económicas, sociales y morales que pudieren causarle un daño a su persona o personalidad. El Ministerio Público realizara una averiguación previa sobre el caso, y serán puestos a disposición de la delegación tutelar más cercana, para así poder realizar los estudios necesarios para el diagnóstico y pronóstico, para decidir a donde se envia al menor si a una escuela de rehabilitación para tratamiento institucional o bien para tratamiento externo en la respectiva delegación tutelar.

Dicha delegación tutelar (consejo tutelar) esta integrado por siete consejeros nomerarios, con los cargos siguientes : Un presidente, un secretario y cinco vocales que deberán tener títulos legalmente expedidos en Derecho, Psicología, Medicina, Sociología, Pedagogía y de labor terapia, para así poder todods ellos llegar a una resolución.

(13) BECCARIA, CESARE, DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, P. 31

Aquí nos podemos dar cuenta perfectamente como se esta llevando un procedimiento administrativo que se realiza en forma de juicio, pero para nuestro modo de ver, este es un juicio aunque el procedimiento no es jurisdiccional porque legalmente el menor es inimputable, dejando al menor infractor en un estado total de indefensión; ya que no se le permite participar ni al menor ni a su familia o bien al tutor o quien ejerza la patria potestad sobre el caso, pudiendo estos hacer valer sus Derechos Humanos. O como todo juicio (porque reitero esto es un juicio) que pudieran apelar que se les apersibiera, que pudieran promover algún recurso o medio de defensa. Ya que el propio menor es quien se ve en merescabo de sus derechos, haciendo incierto su futuro. Y no es justo, por donde se mire, juzgar a alguien que no ha sido escuchado, orillándonos al Juicio de Amparo como único medio de defensa porque no queda ninguna duda de que se han violado las garantías individuales del menor como la pérdida de la libertad, la libertad de expresión (sobre todo en ese Juicio), el derecho así como la garantía de defensa. Si no que todo se analiza friamente, resolviendo a qué escuela se le manda, como mencioné antes, todo esto con la finalidad de ayudarlo.

¿ Realmente es así ? Por supuesto que no, porque para la sociedad una persona que ya estuvo en rehabilitación, podemos decir que queda marcada para el futuro, porque la misma sociedad la rechaza, ocasionando así una limitación en lugar de una cura.

Es de afirmarse que el problema realmente proviene desde la educación familiar y se esta sancionando a un menor que solo es la causa de una mala educación familiar, es decir, se trata el problema desde las hojas no desde la raíz.

Es por ello, que nos vemos en la exigencia de frenar las lagunas y ausencias marcadas en la ley de la materia para poder así evitar un atropello, no después, dejándonos como única medida tutelar que existe para el menor en contra de la violación de sus garantías el Juicio de Amparo.

CONCLUSION

PRIMERA.- Debido a la investigación practicada para la elaboración de este trabajo recepcional observamos en principio la existencia de derechos humanos, como el derecho de nacer, el derecho al nombre, capacidad de ejercicio y goce, libertad, etc.

Los cuales, son el sustento de las garantías individuales de todo gobernado que consagró nuestro constituyente de 1917 como son : La libertad de expresión, el derecho de petición, nadie puede ser privado de su libertad, propiedades, posesiones o derechos, el derecho a la tranquilidad de su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, nadie puede ser detenido por más de tres días sin que se justifique con auto de formal prisión, etc.

Son de suprema importancia para este trabajo las del menor y son los Art. 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (nadie puede ser privado de su libertad, propiedades, posesiones o derechos y el derecho a la tranquilidad de su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones), mismas que de hecho y en la práctica y aún en la legislación de Consejos Tutelares no se observan por lo que se propone que se legisle con ausencia de violación de Garantías para sí otorgarles una seguridad jurídica a los menores infractores.

SEGUNDA.- Con este análisis, hemos llegado a la conclusión que debe existir una ley que regule todo lo relacionado con el menor infractor, otorgándole por generalidad es ser escuchado y el de tener derecho a su defensa. Entendiendo por defensa la intervención que tenga en el procedimiento tutelar las que ejercen la patria potestad o sean tutores, aportando elementos, peritos, documentos y en fin todo medio de descarga del sentido de la infracción del menor.

Debe legislarse en materia de recursos, dando así al menor infractor un medio legal de impugnación de las resoluciones dictadas por el consejo tutelar. Las personas que integren los consejos tutelares, deben ser no solamente profesionistas, sino personas concientes de la importante labor que desempeñan, debiendo haber sido previamente preparadas y educadas para la función que se les encomienda; y atendiendo a los principios de modo, tiempo y lugar sentimos que no es lo mismo un menor infractor del Distrito Federal que hay más malicia en sus habitantes que un menor infractor de Tlaxcala o Coahuila, por decir algo, que todavía conserva la tranquilidad de la provincia, de donde se presume que la conducta del menor infractor es menos grave para los capitalinos que para los del propio Estado, por ello se hace necesaria una adecuada legislación para menores.

TERCERA.- También llegamos a la conclusión de que debe estructurarse una responsabilidad objetiva a los padres, tutor o quien ejerce la patria potestad.

Esto es porque nosotros sabemos que el " Núcleo Familiar " es de básica importancia en la sociedad.

Para que nos entiendan mejor, nosotros al nacer lo primero que percibimos es el calor de hogar y recibimos una educación implantada por la familia la cual nos va a ayudar a desarrollarnos como personas " buenas ", pero ¿ Qué pasa si dicha educación familiar es escasa o bien mala ?; el menor va a ser el reflejo de la mala educación familiar, convirtiéndose muy probablemente en un menor infractor, viendo así que el problema realmente nace del núcleo familiar, propiciando así una llamada de atención a los padres a tiempo.

CUARTA.- Sabemos que existe una gama de impuestos en nuestro país, pues bien, dable que de ellos se aplicara una partida importante para el tratamiento y rehabilitación del menor infractor, pudiéndose dar esa participación tanto Federal, Estatal y Municipal. Esa partida bien puede desprenderse del impuesto que para la educación este señalado en un quince por ciento adicional del pago de otros derechos e impuestos que el contribuyente debe cubrir.

BIBLIOGRAFIA

Baratta Alessandro, " Requisitos mínimos del respeto a los Derechos Humanos en la Ley Penal ", en Capítulo Criminológico 13, Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, Maracaibo, 1985.

Briseno Sierra Humberto " Teoría y Técnica del Amparo ", Vol. I, editorial Cajica, Puebla, Pue., México, 1966.

Burgoa Ignacio, " Derechos Constitucional Mexicano ", Primera edición, editorial Porrúa, 1973, p. 320.

Burgoa Ignacio, " Las Garantías Individuales ", editorial Porrúa, Séptima edición, México 1972, p. 22.

Burgoa Ignacio, " El Juicio de Amparo ", Cuarta edición, editorial Porrúa, México, D.F., 1957 p. 173.

Burgoa Ignacio, " Naturaleza y Conceptos Jurídicos del Juicio de Amparo ", Tercera edición, editorial Porrúa, México, D.F., 1961, p. 178.

Baranda Alfredo, " Anteproyecto de la Nueva Ley de Rehabilitación para Menores del Estado de México ".

Beccaria Cesare, " De los Delitos y las Penas ", editorial Aguilar, Primera edición, Madrid, 1969, p. 180.

" Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos " Secretaría de Gobernación, 1983.

Carrillo Flores Antonio " La Defensa Jurídica de los Particulares Frente a la Suministración en México ", México 1939, p. 90 a 94.

Calamandrei " Instituciones de Derecho Procesal Civil " Traducción de Santiago Sentin Melendro, Bs. As. 1943 p. 192.

Carnelutti Francesco, " Sistema de Derecho Procesal Civil " p. 387.

Chiavenda Guiseppe, " Instituciones de Derecho Procesal Civil ", Tomo I, p. 280.

Chiavenda Guiseppe, " Principios de Derecho Procesal Civil ", p. 278.

Calamandrei Piero, " Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares ", p. 1

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

Colegio de Abogados, " Foro de México " A. C., convención Internacional sobre los Derechos del Niño del 26 al 28 de Febrero de 1990. Primer Foro de Evaluación de la Situación Actual de los Derechos del Menor. Como los Oradores :

Dr. Gonzálo Armienda Calderón.
Lic. Regina González Lozano (DIF)
Lic. Alejandra Morena Toscano.
Lic. Andrés Castellanos.
Lic. Ricardo Flores Magón.
Dr. Raúl Carranza y Rivas.
Lic. Guadalupe Gómez Maganda.
Lic. Carlos Pastrana.
Dr. Gloria Ornelas.
Dr. Jorge Jara. (UNICEF)
Lic. Alfonso Maya.
Lic. Blanca Torres.
Lic. Socorro Camino.
Dr. Carlos Tornero Díaz.
Dra. Alicia Pérez Duarte.

Dr. Sergio García Ramírez.

" Constitucional de los Estados Unidos de América ", editorial Guillermo Kraft Ltda, Bs. As. Tomo II, p. 57,205 y siguientes.

Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México. reformado, editorial Teocalli.

De Pina Vera Rafael, " Diccionario de Derecho ", Quinta edición, 1973, editorial Porrúa, p. 223.

Antogono Donatti, " Sociedades Anónimas " , p. 302.

Diario Oficial de la Federación del 25 de agosto de 1981.

De la Barrera Luis, " Legalidades Penales y de Poder Punitivo Estatal ", un caso : Las Figuras de Vagancia y Malvivencia. Entrevista a, No. 14, enero-abril 1985, Universidad Autónoma Metropolitana/ Azcapotzalco México, p. 97 -105.

Forum Abierto del 16 al 20 de octubre de 1989 Para el Instituto para la Atención Integral del Niño Quemado. Conferencias dadas por los Licenciados :

Lic. María de la Luz Lima.
Lic. Mónica Burillo.
Lic. Lilia Cisneros.
Sra. Sara Minter.
Dr. Guillermo Soberón Acevedo.
Dr. Jaime Muñoz.

Fritz Sehreier, " Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho ", Traducido por Eduardo García Maynez. Bs. As. 1942, p. 145.

Guass Jaime, " Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano ", Traducido por el Sr. Jaime Guass, Barcelona 1942, p. 272.

Goldschids J., " Teoría General del Proceso ", p. 142 y 145.

Ignacio Galindo Garfias, " El Sistema Tutelar de los Menores en Venezuela ", 1969, p. 222.

Henoch D. Aguilar, " Hechos y Actos Jurídicos en la Doctrina y en la Ley ", Bs. As. 1950, Volúmen I.

Ladriere, Droit Naturelle, Droit Etique, Delmas Marty Mirelle Le Flou Du Crit, Paris Presses Universitaires de France, 1986, p. 293, 314.

Luhman Niklas, " Differentiation of Society " New York Columbia University Press 1982, p. 91, 121.

Nueva Ley Federal del Trabajo Tematizada y Sistemizada, 16a. edición, 1987 editorial Trillas.

Disposiciones Generales, Anteproyecto de la Nueva Ley de Rehabilitación para Menores del Estado de México. Agosto 12 de 1983.

López, Rey " Eriminología ", Tomo I, p. 491.

Malinowski, Bronislaw " Una Teoría Científica de la Cultura ", Buenos Aires, editorial Sudamericana, 1970, p. 109 y 111.

Agustín Mateos, " Etimologías Grecolatinas del Español ", editorial Esfinge, 15a. edición 1979 p. 306.

" Methode D'Interpretacion et Source n Droit Prive Posit ", Tomo I, p. 25.

Marco del Pont, Luis " Derecho Penitenciario ", p. 369.

Periódico " El Universal ", 12 de octubre de 1989 " Sistema Inquisitorial ".

Manuel de N. Laza " Procesal Civil Español " Tomo II, p. 26.

J. Ramiro Podetti " Las Medidas Cautelares y el Embargo Preventivo " Revista de Derecho Procesal Civil No. 1, p. 138.

Antonio Ralvi Poudevida, " Diccionario Porrúa de la Lengua Española ", Novena edición, 1976, editorial Porrúa, p. 192

Revista Mexicana de Justicia " 87 ", cuarto volumen, octubre y diciembre de 1987, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Ciencias Penales.

Emilio Rabasa, " El Artículo 14 y el Juicio Constitucional ", Tercera edición, editorial Porrúa, 1964, p. 295.

Recanes Siches, " Filosofía del Derecho ", tercera edición, 1958.

Esteban Righi, " El Sistema de Reacciones en el Código Penal Mexicano ", en investigación Jurídica, ENEP Acatlán, Universidad Autónoma de México, 1982, p. 87 y siguientes.

Righi Esteban " Defensa Social y Menores Infractores " segunda jornada Latinoamericana de defensa social, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, Méx. 1979, Righi Esteban, Medidas de Seguridad, descripción legal, aplicación jurídica, y ejecución, ponencia presentada en el Primer Consejo Mexicano de Derecho Penal, aplicada en Revista Mexicana de Justicia, México, Enero / Marzo 1987 p. 219, 235, De la Barrera, Luis " El menor ante el derecho Penal, en revista A, número 5, Enero / Abril 1982 Universidad Autónoma Metropolitana/Atzacapotzalco; México p. 105, 117. Fellini Zulita " Menores Infractores " en Alegatos No. 1 sept-dic, 1985, Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, México, p. 31 y 33.

Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Felipe Tena Ramirez " Leyes Fundamentales de México ", 1808-1957, Tercera edición, 1972, p. 31.

Albeto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera " Nueva Legislación del Amparo Reformada ", 45a. edición, editorial Porrúa, 1984.

Tocaven Roberto, " El Menor Infractor " p. 72.

Ignacio L. Vallarta " Autoridad Competente ".

Roberto Guynes Milnr, " Los Principios Tonativos del Procedimiento Civil ", traducción Catalina Grossman, prólogo de Eduardo J. Couture, Bs. As. 1945.

Zaffaroni Eugenio Raúl, " Sistema Penal y Derechos Humanos en América Latina ", Intituto Interamericano de Derechos Humanos, editorial de Palma Bs. As. Argentina 1986, p. 7.