



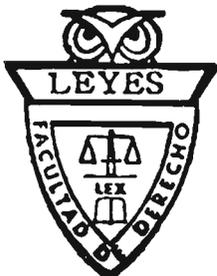
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

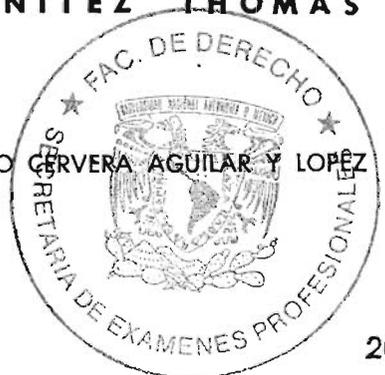
NIVEL DE CUMPLIMIENTO DE LA CONVENCION
INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO,
EN LA LEGISLACION FEDERAL MEXICANA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ILEANA BENITEZ THOMAS



ASESOR: LIC. RODRIGO GERVERA AGUILAR Y LOPEZ



MEXICO, D. F.

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA 11
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
P R E S E N T E.

La alumna **ILEANA BENÍTEZ THOMAS** inscrito en el Seminario de Derecho Internacional bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada **"NIVEL DE CUMPLIMIENTO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EN LA LEGISLACIÓN FEDERAL MEXICANA"** dirigida por el **LIC. RODRIGO CERVERA AGUILAR**, trabajo que después de su revisión por quien suscribe, fue aprobado por cumplir con los requisitos reglamentarios, en la inteligencia de que el contenido y las ideas expuestas, en la investigación, así como su defensa en el examen oral, son de la absoluta responsabilidad de su autor, esto con fundamento en el artículo 21 del Reglamento General de Exámenes y la fracción II del artículo 2º de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 18,19, 20 y 28 del vigente Reglamento General de Exámenes Profesionales, solicito de usted ordene la realización de los tramites tendientes a la celebración del examen profesional del alumno mencionado.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) de aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caduca la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por causa grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, a 25 de noviembre 2004


DRA. MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA.
DIRECTORA DEL SEMINARIO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

MEMYM/ptr.

Distrito Federal, a 17 de septiembre de 2004.

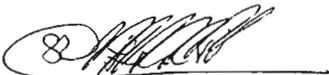
DRA. MARIA ELENA MANSILLA Y MEJIA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM
P R E S E N T E

Me dirijo a Usted respetuosamente, a fin de someter a su consideración el trabajo de tesis recepcional intitulado "Nivel de Cumplimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en la Legislación Federal Mexicana", que la alumna Ileana Benitez Thomas con número de cuenta 9351154-0 ha concluido, y en su momento inscrito en el Seminario a su digno cargo, bajo la dirección del suscrito y que a mi juicio ha reunido los elementos formales y metodológicos necesarios.

Por lo anterior, me permito solicitar que, de no existir inconveniente, tenga a bien examinar y en su caso aprobar el trabajo de tesis, a fin de que la interesada continúe con sus trámites recepcionales.

Sin otro particular, me es grato reiterarle las seguridades de mi mas distinguida consideración.

A T E N T A M E N T E



"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

LIC. RODRIGO CERVERA AGUILAR Y LÓPEZ
ASESOR

Para mi madre y mis hermanos, con quienes comparto un origen, una visión, una vida

A la memoria de mi padre, quien me enseñó que uno de los valores inquebrantables en el ejercicio de la profesión, es la honestidad

Para mis sobrinas(os): Marla Fernanda, Nayeli y Andrés, quienes me ayudan a comprender la imprescindible adaptación de la infancia al mundo

Para ti, Luis Pablo

A mi familia

Al Lic. Eduardo Perera, de quien aprendí el arte de practicar la aplicación del Derecho

A mis amigas y amigos: Fernando Limón, Susana Peláez, Oscar Conde, Eva Orduña, Guillermo Camacho, Brenda Castillo, Ernesto Morales, Wolkmar Wanskee, Esther García, Citlali Rabadán, Carlos Ramírez, Dilery Olmedo, David Bermúdez y tantas personas más, con las que he podido compartir momentos de existencia

A los miembros de Taller Universitario de Derechos Humanos, con quienes descubrí una visión alternativa del Derecho

A la Universidad Nacional Autónoma de México, donde tuve el privilegio de formarme profesionalmente

**NIVEL DE CUMPLIMIENTO DE LA CONVENCIÓN
INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EN LA
LEGISLACIÓN FEDERAL MEXICANA**

INTRODUCCIÓN	I	
CAPÍTULO UNO. MARCO TEÓRICO	1	
1.1	Problemática	1
1.2	Derechos humanos	5
1.2.1	Naturaleza de los derechos humanos	6
1.2.2	Evolución histórica	10
1.2.3	Clasificación	18
1.2.3.1	Derechos civiles y políticos	18
1.2.3.2	Derechos económicos, sociales y culturales	19
1.2.3.3	Derechos de solidaridad, o derechos colectivos	21
1.2.4	Medios de protección	23
1.2.4.1	Mecanismos universales de protección	23
1.2.4.2	Sistema Americano de protección a los derechos humanos	28
1.3	Incorporación de la norma internacional en el derecho interno	30
1.3.1	Introducción	30
1.3.2	Definición del Derecho Internacional Público	33
1.3.3	Fuentes del Derecho Internacional	34

1.3.4	Relación entre el Derecho Internacional Público y el derecho interno	37
1.3.5	Conflicto de leyes entre el Derecho Internacional y el derecho interno	43
1.3.6	Responsabilidad internacional por incumplimiento de tratados en materia de derechos humanos	46
1.3.7	Aspecto conflictual de la Convención	53
1.4	Especificidad de los derechos de la infancia	63
1.4.1	Tratamiento histórico jurídico de la infancia durante el Siglo XX	63
1.4.2	Marco teórico conceptual	69
1.4.2.1	Niña y niño	69
1.4.2.2	Niñez	70
1.4.2.3	Infancia	71
1.4.2.4	Adolescencia	72
1.4.2.5	Desarrollo	72
1.4.2.6	Importancia de la definición de estos conceptos	73
1.4.2.7	Personalidad jurídica	75
1.4.2.8	Capacidad jurídica	76
1.4.2.8.1	Capacidad de goce y capacidad de ejercicio	76
1.4.2.9	Patria potestad	79
1.4.2.10	Doctrina de la Situación Irregular	80
1.4.2.11	Doctrina de la Protección Integral	83

1.4.3	Objeto de protección	84
1.4.4	Sujetos	89
1.4.5	Medios de protección	95

CAPÍTULO DOS. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS

	DERECHOS DEL NIÑO	98
2.1	Introducción	98
2.2	Preámbulo de la Convención	99
2.3	Principios rectores	101
2.3.1	Principio de No Discriminación	101
2.3.2	Principio del Interés Superior del Niño	102
2.3.3	Principio de la Efectividad de los Derechos	103
2.3.4	Principio de la Corresponsabilidad entre el Estado, la Familia y la Sociedad	104
2.4	Derechos protegidos	107
2.4.1	Derechos de provisión	108
2.4.1.1	Derecho a la vida	108
2.4.1.2	Derecho a la identidad	108
2.4.1.3	Derecho a crecer dentro del ambiente familiar	109
2.4.1.4	Derecho a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo	109
2.4.1.5	Derechos económicos y sociales	111

2.4.1.5.1	Derecho a la educación	111
2.4.1.5.2	Derecho a la salud	112
2.4.1.5.3	Derecho a la seguridad social	115
2.4.2	Derechos de prevención y protección	116
2.4.2.1	Protección contra el maltrato al interior de la familia	117
2.4.2.2	Protección en caso de separación familiar	118
2.4.2.3	Protección en caso de adopción	120
2.4.2.4	Protección a niños y niñas con estatus de refugiados	121
2.4.2.5	Protección contra cualquier forma de explotación	122
2.4.2.6	Protección en materia de participación de niños en conflictos armados	124
2.4.2.7	Medidas de recuperación, compensación y restitución	125
2.4.2.8	Disposiciones relativas a niños y niñas en conflicto con la ley penal	126
2.4.3	Derechos de participación	131
2.4.3.1	Derecho de opinión en asuntos de su incumbencia	132
2.4.3.2	Derecho a la información y libertad de expresión	133
2.4.3.3	Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión	134
2.4.3.4	Derecho a la libertad de asociación y de reunión	135
2.4.3.5	Derecho a participar en la vida cultural y recreativa	136
2.5	Sistema de supervisión y ejecución de las disposiciones contenidas en la Convención	136

2.6	Disposiciones generales	140
-----	-------------------------	-----

**CAPÍTULO TRES. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA
LEGISLACIÓN FEDERAL MEXICANA**

		142
3.1	Introducción	142
3.2	Régimen pre-existente a la Convención	144
3.2.1	Derechos de provisión	144
3.2.1.1	Derecho a la vida	144
3.2.1.2	Derecho a la identidad	145
3.2.1.3	Derecho a crecer dentro del ambiente familiar	150
3.2.1.4	Derecho a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo	152
3.2.1.5	Derechos económicos y sociales	158
3.2.1.5.1	Derecho a la educación	158
3.2.1.5.2	Derecho a la salud	161
3.2.1.5.3	Derecho a la seguridad social	167
3.2.2	Derechos de prevención y protección	168
3.2.2.1	Protección contra el maltrato al interior de la familia	168
3.2.2.2	Protección en caso de separación familiar	170
3.2.2.3	Protección a niños y niñas abandonados	172
3.2.2.4	Protección en caso de adopción	175
3.2.2.5	Protección contra cualquier forma de explotación	176

3.2.2.5.1	Trabajo Infantil	176
3.2.2.5.2	Delitos cometidos en contra de menores de 18 años	178
3.2.2.6	Disposiciones relativas a niños y niñas en conflicto con la ley penal	180
3.3	Incorporación del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Mexicano	185
3.4	Legislación constitucional y federal relacionada con la infancia	194
3.4.1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	194
3.4.2	Ley de la materia	201
3.4.3	Leyes inespecíficas	217
3.4.3.1	Derechos de provisión	217
3.4.3.1.1	Derecho a la vida	217
3.4.3.1.2	Derecho a la identidad	218
3.4.3.1.3	Derecho a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo	219
3.4.3.2	Derechos económicos y sociales	222
3.4.3.2.1	Derecho a la educación	222
3.4.3.2.2	Derecho a la salud	227
3.4.3.2.3	Derecho a la seguridad social	228
3.4.3.3	Derechos de prevención y protección	229
3.4.3.3.1	Protección contra el maltrato al interior de la familia	229
3.4.3.3.2	Protección en caso de separación familiar	234

3.4.3.3.3	Protección en caso de adopción	235
3.4.3.3.4	Protección contra cualquier forma de explotación	237
3.4.3.3.5	Disposiciones relativas a niños y niñas en conflicto con la ley penal	240
3.5	Balance crítico	246
CONCLUSIONES		256
BIBLIOGRAFÍA		265

INTRODUCCIÓN

En la segunda mitad del siglo XX se registraron importantes transformaciones para la situación de la infancia. La problemática que había sido conocida desde años atrás, se entrelazó con las nuevas condiciones generadas por el aceleramiento del proceso de globalización, dando lugar a que las situaciones adversas ya conocidas se volvieran más profundas y complejas y a que se generaran otras nuevas. Así, la comunidad internacional y los gobiernos de los Estados, se vieron obligados a enfrentar las necesidades de los niños y las niñas: maltratados, combatientes, refugiados, en situación de calle y a tomar una postura diferente ante la prostitución y pornografía infantil, el tráfico de menores, la violencia y desintegración familiar, entre muchas otras. Una de las formas con las que se trató de responder a la nueva problemática de la infancia, fue la toma de medidas legislativas, entre las que destaca la celebración de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* (la Convención), en el año de 1989.

México ratificó este instrumento internacional en septiembre de 1990, con lo cual se comprometió a incorporar sus disposiciones en la legislación interna del país.

El objeto del presente trabajo es evaluar si México ha cumplido con dicho compromiso. Al ser la Convención el instrumento jurídico más avanzado que hasta la fecha se ha emitido en la materia, es importante identificar si sus postulados han sido debidamente incorporados al derecho interno mexicano.

Para cumplir el objeto del trabajo se desarrollará un marco teórico relacionado con los derechos de la infancia y se analizará la Convención. Una vez

ejecutado esto, se realizará un estudio de las leyes federales mexicanas que tengan mayor vínculo con dicho instrumento internacional, en el que se identificarán las disposiciones existentes en materia de infancia y se comparará su contenido para evaluar si responden a lo preceptuado por la Convención.

El trabajo está estructurado en tres capítulos. El primero contiene una exposición somera de la situación de la niñez en el mundo –con especial énfasis en los principales riesgos y dificultades que enfrenta este sector-, y una consideración sobre el papel del derecho en la solución de la problemática.

Dado que el objetivo de este trabajo es evaluar la incorporación de los derechos de la infancia como derechos humanos específicos, postulados desde el ámbito internacional en el Derecho interno mexicano; en la segunda parte del primer capítulo se ofrece una síntesis sobre la naturaleza, la evolución histórica, la clasificación y medios de protección de los derechos humanos.

Posteriormente, se incluye dentro de la revisión de los conceptos básicos del Derecho Internacional, su relación con el orden interno de los Estados, y se explora lo relativo al conflicto de leyes entre Derecho Internacional y derecho doméstico, así como la responsabilidad internacional por incumplimiento de tratados en materia de derechos humanos.

La última parte del primer capítulo define conceptos teóricos con el objetivo de tener elementos sólidos que nos permitan entender la naturaleza del tema de la infancia y su ubicación dentro del Derecho; así como el objeto de protección que tienen los derechos de la infancia; los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas generadas por su aplicación; y los medios de protección de dichos derechos.

El segundo capítulo se destina al análisis de la Convención, en el que se tratan específicamente los principios establecidos en ella, que han de regir su aplicación e interpretación. De conformidad con los fines que persiguen, los derechos contenidos en la Convención, se clasificaron en: a) derechos de provisión, b) derechos de prevención y protección, y c) derechos de participación; lo cual facilita a su vez, el estudio realizado en el capítulo siguiente.

En el último capítulo se analiza la legislación federal mexicana. En primera instancia se revisan las disposiciones constitucionales y leyes federales anteriores a la entrada en vigor de la Convención, relacionadas con lo que ahora se conoce como "derechos de la infancia". Posteriormente, se analiza el marco constitucional que prevé la incorporación del Derecho internacional en el sistema jurídico mexicano, con el objetivo de tener mayor claridad sobre las implicaciones que conlleva la firma y la ratificación de tratados como el que nos ocupa. Por último, se estudiarán las modificaciones constitucionales y legales que se han realizado después de la entrada en vigor de la Convención.

Es importante que el estudio de las disposiciones relacionadas con los derechos de la infancia, se realice sobre leyes federales que estuvieron vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención, a efecto de tener un punto de comparación sobre los cambios adoptados con la llegada del tratado, para lo cual fue necesario investigar en los archivos de Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la serie de reformas legislativas que se han decretado hasta nuestros días.

La presente investigación constituye un estudio exploratorio de la forma en que se encuentran regulados y protegidos los derechos de la infancia en México,

desde la perspectiva legislativa, lo que permite llamar la atención sobre una materia de suma importancia para el desarrollo de la infancia. Si consideramos que el Derecho es una forma de expresión de la organización política de determinada sociedad, el estudio de las normas que regulan los derechos de la infancia aportará elementos para reestructurar el estatus de la niñez en su comunidad. Asimismo, se podrá elaborar un criterio para evaluar el interés del Poder Legislativo Federal por cumplir los compromisos adquiridos mediante la ratificación de la Convención.

CAPÍTULO 1

Marco Teórico

1.1. PROBLEMÁTICA

En el planeta habitamos más de 6,000 millones de personas, de las cuales, más del 35% son menores de 18 años.¹ En el período de la segunda posguerra se alcanzó la explosión demográfica más alta en la historia, puesto que en 1960, siendo aproximadamente 3,000 millones de habitantes en el mundo, manteníamos una tasa de crecimiento poblacional del 2%, a diferencia del 1.4% que se tiene en la actualidad, hecho que generó la toma de conciencia sobre la necesidad de implementar políticas poblacionales que redujeran las tasas de fecundidad y al mismo tiempo, de generar condiciones que mejoraran la calidad de vida y redujeran las tasas de mortalidad, especialmente en lactantes.

Lo anterior, sumado a los problemas de pobreza presentados a nivel mundial, derivados de conflictos bélicos, políticas económicas de estabilización y ajuste estructural implantadas en la década de los 80's, entre muchos otros, impactaron negativamente y de manera preponderante a la población infantil y femenina, cuyos índices de mortalidad, morbilidad, desnutrición y analfabetismo, eran muy elevados. Según datos concentrados por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, a nivel mundial en 1960 la probabilidad de muerte desde el nacimiento hasta la edad de un año, expresada por cada 1,000

¹ Estado de la Población Mundial. Las Nuevas Generaciones. Fondo de Población de las Naciones Unidas. Dra. Nafis Sadik. 1998.

nacidos vivos, era de 126 y de 197 por cada 1,000 niños menores de cinco años, cifra que disminuyó en 2001, ya que bajo el mismo Índice de comparación, morían 57 menores de un año y 82 menores de cinco años.² Otros fenómenos indeseables que crecen día con día en el ámbito mundial, son la violencia familiar, el abandono y la explotación infantil en cualquiera de sus aspectos: sexual, comercial o laboral.

El informe denominado “Estado Mundial de la Infancia 2001” elaborado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, señala que la mayoría de las causas de mortalidad entre los niños se pueden prevenir con facilidad, y sin embargo todos los años mueren casi 11 millones de niños menores de cinco años; en materia educativa se señala que más de un 20% de los niños en edad escolar primaria de los países en desarrollo no asisten a clase; de hecho, se dice que una tercera parte de los nacimientos no se inscriben y, como consecuencia, estos niños podrían carecer de acceso a servicios básicos y quedar privados de atención de la salud y educación.³

Como es de esperarse, esta situación ha provocado la indignación de la sociedad y la aspiración a ciertos valores de justicia hacia la niñez, así como la búsqueda de medios que contribuyan a mejorar su calidad de vida y a modificar la realidad social, para llegar a considerar a las niñas, niños y adolescentes

² Estado Mundial de la Infancia 2003. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. SNE. Nueva York. 2003. pg. 87.

³ Estado Mundial de la Infancia 2001. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. SNE. Nueva York. 2001. pgs. 68 y 72.

como sujetos sociales, con derechos garantizados y plena participación en su comunidad.

En este orden, cabe preguntarse ¿cuál es la función del Derecho ante esta realidad? Desde principios del siglo XX, pero con mayor énfasis a partir de la segunda mitad del mismo, la comunidad internacional ha procurado establecer instrumentos declarativos o vinculantes, a efecto de mejorar las condiciones de vida de la humanidad y en consecuencia, se han aprobado Declaraciones y Convenios sobre Derechos Humanos en lo general,⁴ así como otro gran número de tratados que hacen frente a tipos específicos de violación a dichos derechos, como el genocidio, la discriminación racial, la tortura, la discriminación de la mujer y, en el caso que nos ocupa, la protección especial de la infancia, derivada de su condición evolutiva en cuanto a sus capacidades físicas, psíquicas y lingüísticas.

Es así como el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, adoptó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención), instrumento vinculante para los Estados parte, que trajo consigo un cambio en la concepción sobre la situación de la infancia, puesto que concibe a los infantes como sujetos de los derechos ahí enunciados y no como el objeto de protección y de políticas de asistencia social, como habían sido considerados hasta entonces. En opinión de Emilio García Méndez y de Francisco Pilotti, "... la Convención

⁴ Carta de las Naciones Unidas, de 1945; Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948; Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y sus Protocolos Opcionales y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, principalmente.

combina, en un sólo cuerpo legal, derechos civiles y políticos con derechos económicos, sociales y culturales, considerándolos como componentes complementarios y necesarios para asegurar la protección integral del niño. Para el logro de este objetivo, asigna responsabilidades al Estado, a la sociedad civil y a la cooperación internacional...⁵

A su vez, diversos países se reunieron en la sede de las Naciones Unidas el 30 de septiembre de 1990, para celebrar la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, cuyos resultados fueron la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño y su Plan de Acción para la aplicación de la misma, que contiene las metas, objetivos y acciones a realizar durante el decenio de 1990 al año 2000. En el mes de mayo de 2002, se celebró la Sesión Especial de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, con el objeto de establecer metas y objetivos a alcanzar para el año 2015, en beneficio de los niños, niñas y jóvenes del mundo.

Al firmar la Convención, el Gobierno Mexicano se convirtió en Estado Parte y se comprometió a darle cumplimiento. La Cámara de Senadores del Congreso de la Unión la aprobó el 19 de junio de 1990, el Ejecutivo Federal la ratificó el 21 de septiembre de 1990 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, por lo que, de conformidad con el artículo 133 constitucional, este instrumento convencional pasó a ser "Ley Suprema de la Unión". En consecuencia, se modificaron algunas leyes internas, tales como

⁵ García Méndez, Emilio y Pilotti, Francisco. Derechos del Niño. Políticas para la Infancia. Tomo I. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. SNE. Edit. la Primera Prueba, Venezuela, 1994. pg. XIX.

el Código Civil, el Código Penal, la Ley General de Salud, la Ley General de Educación, se crearon otras como la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores y en algunas entidades federativas se crearon leyes administrativas de prevención a la violencia familiar, entre otras. Se elaboró el Programa Nacional y algunos programas estatales de atención a la infancia, pero con objetivos concretamente asistenciales en materia de salud, educación, nutrición, saneamiento básico y asistencia social, es decir, con una visión de protección a las niñas y niños, con mayor énfasis en la infancia desfavorecida, pero sin prever acciones ni medidas garantistas de sus derechos.

De hecho, todavía existen contradicciones entre la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el Derecho interno, puesto que las medidas legislativas y administrativas adoptadas por el Estado Mexicano, no han sido acordes con el espíritu de dicho instrumento internacional, un claro ejemplo, es la modificación al artículo cuarto constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de abril de 2000, misma que ni siquiera establece la edad de cero a dieciocho años para el goce de los derechos especiales a favor de la infancia, como sí lo hace la Convención.

1.2. DERECHOS HUMANOS

Si tomamos en consideración que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es un tratado que protege a cierto tipo de sujetos, contra un tipo específico de violación a los derechos humanos, cabe preguntarse sobre la naturaleza, el origen o las características de estos derechos en general, para

después analizar las particularidades que presentan los derechos humanos de las niñas y los niños.

A pesar de que en el Derecho Internacional clásico no se consideraban los derechos y obligaciones del individuo como tal, salvo en determinados temas, como el de los extranjeros,⁶ en la actualidad, uno de los tópicos más importantes de esta rama del Derecho, es la protección jurídica de la persona humana. Alfred Verdross, citado por Jaime Ruiz de Santiago, señala que dicha protección, se deja sentir principalmente en cuatro áreas diferentes: a) la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado; b) la protección de minorías; c) la protección de los derechos humanos fundamentales y d) la protección a los refugiados.⁷ Por ser de nuestro interés, nos ocuparemos de los derechos humanos, su naturaleza, su concepto, su caracterización y el porqué deben ser protegidos.

1.2.1. NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al parecer, existe un consenso en cuanto a determinar que los seres humanos debemos gozar de ciertas facultades, prerrogativas o garantías que aseguren nuestra dignidad frente al poder público, por el sólo hecho de ser personas humanas. Pedro Nikken, afirma que "... estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de

⁶ Cfr. Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. 1ª. Edic. Edit. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1998. pg. 452.

⁷ Cfr. Ruiz de Santiago, Jaime. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Evolución Histórica. Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo III. 1ª. Edic. Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de la Unión Europea. Costa Rica, 1995. pgs. 67-69.

respetar, garantizar o satisfacer, son los que hoy conocemos como derechos humanos.⁸ De esta noción general sobre los derechos humanos, se destacan dos características: primero, que son derechos inherentes a la persona humana y segundo, que se afirman frente al poder público.

Es preciso manifestar que con relación al fundamento filosófico sobre la inherencia a la persona humana, de ciertos derechos fundamentales, no existe un consenso, puesto que el debate se ha entablado entre los partidarios del iusnaturalismo y los del iuspositivismo. En opinión de Norberto Bobbio, los iusnaturalistas "... creyeron haber logrado que ciertos derechos (pero no siempre los mismos) quedaran a salvo de toda posible confrontación derivándolos directamente de la naturaleza del hombre ... ", aunque dicha naturaleza del hombre, "... se demostró muy frágil como fundamento absoluto de derechos irresistibles."⁹ La corriente positivista por su parte, "... asume la idea de que solamente el Estado, entendiéndose como el poder público, crea derechos y establece limitantes a su propio ejercicio",¹⁰ aunque como bien lo señalan los maestros Quintana y Sabido, "Si bien queda claro que corresponde a la ley positiva, como resultado de la voluntad general de la sociedad, catalogar en su contenido normativo a los Derechos Humanos, no por ello se

⁸ Nikken, Pedro. El Concepto de Derechos Humanos. Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo I. 1ª. Edic. Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de la Unión Europea. Costa Rica, 1994. pg. 15.

⁹ Bobbio, Norberto. Sobre el Fundamento de los Derechos Humanos, artículo en Los Derechos Humanos. Selección de José Ignacio Gutiérrez de Velasco. 1ª. Edic. Edit. Ediciones del Milenio. México, D.F. 2000. pg. 91.

¹⁰ Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D. Derechos Humanos. 1ª. Edic. Edit. Porrúa, México, D.F. 1998. pg. 29.

puede concluir que su validez resulte solamente del proceso formal de su creación.”¹¹

Por otro lado, si buscamos el fundamento filosófico de los derechos humanos dentro del campo de la moral, éstos, en opinión de Burgoa Orihuela, “... se traducen en imperativos éticos emanados de la naturaleza del hombre...”,¹² los cuales asumen positividad, en virtud del reconocimiento que de ellos realicen los órganos legislativos del Estado, atendiendo a su deber ético-político.

Ahora bien, independientemente del fundamento filosófico que se atribuya a los derechos humanos, la inherencia de éstos hacia la persona humana, conlleva ciertas consecuencias, mismas que son definidas por Pedro Nikken, como: 1.- Estado de Derecho (restricción del ejercicio del poder, mediante reglas que deben comprender mecanismos para la protección y garantía de los derechos humanos); 2.- Universalidad (titularidad que todos los seres humanos tienen sobre estos derechos y no pueden invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales, como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos); 3.- Transnacionalidad (la protección es otorgada a toda persona, independientemente de su nacionalidad y del territorio en que se encuentre); 4.- Irreversibilidad (toda vez que un derecho que ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya

¹¹ Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D. Derechos Humanos. Op cit. pg. 29.

¹² Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. 26ª. Edic. Edit. Porrúa, México, D.F. 1994. pg. 55.

inviolabilidad debe ser respetada y garantizada) y 5.- Progresividad (posibilidad de extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma).¹³

Ahora bien, la razón de afirmar que los derechos humanos son oponibles al poder público, es que el Gobierno es el responsable de *respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos* y, en sentido estricto, sólo él puede violarlos. Como veremos más adelante,¹⁴ los derechos humanos han sido clasificados en “Derechos Civiles y Políticos” y “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, por lo que atendiendo a las características de unos y otros, se dice que el Estado debe “respetar y garantizar” los primeros y “satisfacer” los segundos. Pero ¿qué implica cada uno de estos términos?

Tanto el respeto, como la garantía, imponen al Estado el deber de asegurar la efectividad de los derechos, pero, el *respeto* implica la consideración como ilícita, de toda acción u omisión de un órgano o funcionario del Estado, que en ejercicio de sus atribuciones, lesione indebidamente los derechos humanos y en el caso de la *garantía*, la obligación del Estado es más amplia, puesto que implica la existencia de medios judiciales sencillos y eficaces para la protección de los derechos humanos, investigación de los hechos, identificación de culpables, aplicación de sanciones, así como para asegurar la reparación de daños causados por la violación a dichos derechos.¹⁵

¹³ Cfr. Nikken, Pedro. El Concepto de Derechos Humanos. Op. Cit. pgs. 21-27.

¹⁴ Ver Infra. 1.2.3.

¹⁵ Cfr. Nikken, Pedro. El Concepto de Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 30.

Por su parte, la *satisfacción* de los derechos económicos, sociales y culturales, implica el establecimiento de "... condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana."¹⁶

De lo anterior, podemos concluir que los derechos humanos son inherentes a la persona humana y el Estado debe respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos, mediante la incorporación de los mismos en su legislación interna, misma que deberá contemplar, no sólo su declaración, sino también la forma de garantizar su eficacia, así como la creación de los medios y mecanismos necesarios para su cumplimiento.

1.2.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En la actualidad es común hablar de derechos humanos, derechos fundamentales o garantías individuales, establecidas en la parte dogmática de las constituciones, pero, siguiendo la corriente historicista, su positivación ha sido producto de "un sostenido desarrollo histórico, dentro del cual las ideas, el sufrimiento de los pueblos, la movilización de la opinión pública y una determinación universal de lucha por la dignidad humana, han ido forzando la voluntad política necesaria para consolidar una gran conquista de la

¹⁶ Cfr. Nikken, Pedro. El Concepto de Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 31.

humanidad, como lo es el reconocimiento universal de que toda persona tiene derechos por el mero hecho de serlo.”¹⁷

La evolución histórica que han tenido los derechos humanos, desde sus primeras manifestaciones, hasta nuestros días, podríamos dividirla en cuatro etapas o categorías: la primera de ellas se refiere a la *positivación* de los derechos durante las últimas décadas del siglo XVIII, la segunda se refiere a la *generalización* de los mismos durante el siglo XIX y principios del siglo XX. La tercera categoría se refiere a la *internacionalización* de los derechos humanos, durante la segunda mitad del siglo XX y la cuarta categoría se sustenta en la *especificación* de ciertos derechos.

Al referimos a la *positivación* de los derechos, queremos decir que éstos pasan a formar parte del sistema jurídico vigente en la época en que son plasmados en el ámbito constitucional y, a pesar de que se dice de manera generalizada que este fenómeno sucedió a finales del siglo XVIII, las causas que lo motivaron se remontan desde principios de la Edad Moderna, en la que se comenzó a plantear la necesidad de limitar el poder de los gobernantes, así como de reclamar el respeto a los derechos individuales en términos de igualdad,¹⁸ asimismo, se generaron diversas corrientes de pensamiento y movimientos que revolucionaron la cosmovisión imperante en el campo de la

¹⁷ Cfr. Nikken, Pedro. El Concepto de Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 21.

¹⁸ Baste recordar que durante la Edad Media, predominaba un orden estamental que consagraba la desigualdad social y política y que determinaba el patrimonio jurídico de las personas. Cfr. Truyol y Serra, Antonio. Los Derechos Humanos. 3ª. Edic. 2ª. Reimp. Edit. Tecnos. Madrid, España 1994. pg. 13.

cultura, las artes, la tecnología, la política, el derecho, la religión, el sistema social y la economía.¹⁹

Los primeros derechos personales reclamados, fueron los de tolerancia y libertad de opción religiosa y de conciencia durante la época de la Reforma, los cuales se asociaron a los derechos civiles y políticos, bajo la influencia de los postulados de la *Ilustración*, en los que se exaltaba el poder de la razón humana y del *Liberalismo*, por los que se luchaba contra la injusticia, la opresión y el abuso del poder, al tiempo que se defendía la libertad de las personas. Como es de suponerse, el reclamo de estos derechos, fue encabezado por la incipiente clase media, compuesta por los burgueses, quienes demandaban la supresión de los privilegios de la nobleza y la igualdad ante la ley, así como la declaración y respeto de los derechos de libertad y de propiedad.²⁰

Los ejemplos sobresalientes de satisfacción a este reclamo de reconocimiento legal de los derechos inherentes al ser humano, son desde luego, la *Declaración de Independencia Norteamericana*, del 4 de julio de 1776, que proclama como derechos inalienables, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, así como la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y*

¹⁹ Renacimiento (siglos XIV, XV y XVI), Reforma y Contrarreforma (siglos XVI y XVII), Ilustración (siglos XVII y XVIII), Revolución Industrial (siglos XVIII y XIX), Humanismo, Nacionalismo y los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII, por citar algunos.

²⁰ Cfr. Trujol y Serra, Antonio. Los Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 16. Para el autor, el papel vanguardista en el campo jurídico-positivo y constitucional, lo ocupa Inglaterra, a través de tres instrumentos normativos: la *Petition of Rights*, de 1628, que protege los derechos personales y patrimoniales, el *Acta de Habeas Corpus*, de 1679, que prohibía la detención de personas, sin mandamiento judicial y la *Declaration of Rights*, de 1689, que confirmaba los derechos ya declarados en los instrumentos anteriores.

del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que proclama como derechos naturales e imprescriptibles del hombre, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión,²¹ siendo de esta forma, “que el tema de los derechos humanos, más específicamente el de los derechos individuales y las libertades públicas, ingresó al Derecho constitucional”.²²

Se habla de *generalización* de los derechos humanos durante el siglo XIX y principios del XX, en virtud de que a pesar de que en un primer momento, se reconocieron los derechos individuales antes mencionados, basados en la igualdad, ésta no se concretó en la realidad, puesto que sólo privilegiaban a la clase burguesa, razón por la que otra clase social, conocida como “el proletariado”, protagonizó el reclamo de otro tipo de derechos: *los económicos y sociales*, que hicieran frente y protegieran a la clase trabajadora, de las consecuencias negativas en cuanto a condiciones de vida y laborales, que trajo consigo la Revolución Industrial del siglo XVIII.

Para Antonio Truyol, en los siglos XIX y XX, “Las conquistas decisivas se sitúan en el ámbito de la representación política (progresiva ampliación del sufragio a partir de las limitaciones del sistema censatario, hasta llegar al sufragio universal) y el de la asociación (progresivo reconocimiento de los derechos sindicales).”²³ En el plano jurídico-positivo, estos reclamos se plasmaron en la Constitución francesa de 1848, que estableció derechos

²¹ Cfr. Truyol y Serra, Antonio. *Los Derechos Humanos*. Op. Cit. pgs. 17 y 18.

²² Nikken, Pedro. *El Concepto de Derechos Humanos*. Op. Cit. pg. 18.

²³ Truyol y Serra, Antonio. *Los Derechos Humanos*. Op. Cit. pg. 20.

relativos al trabajo, la asistencia y la educación y a su vez, garantizó el sufragio universal y el escrutinio secreto, es decir, era necesario hacer efectiva la igualdad en el goce de los derechos declarados. Durante la primera mitad del siglo XX, estos derechos se establecieron en las constituciones de diversos países, tal es el caso de México en 1917, Alemania en 1919, Irlanda en 1937, Francia en 1946 y 1958, Italia en 1948, por mencionar algunas.²⁴

Sin embargo, a pesar del reconocimiento en el Derecho Interno de los derechos humanos y en virtud de las violaciones cometidas, hubo necesidad de protegerlos en el ámbito internacional, por lo que se inició a principios del siglo XX, con la discusión de temas relativos a la intervención humanitaria, la responsabilidad del Estado por perjuicios a extranjeros, el Sistema de Mandatos y el de Minorías de la Liga de las Naciones y la legislación humanitaria internacional,²⁵ aunque para algunos autores, la internacionalización de los derechos humanos, fue producto de la conmoción histórica provocada por la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas.²⁶

En consecuencia, por *internacionalización* de los derechos se conoce el proceso por el cual, se establecen garantías supraestatales, de protección a los derechos humanos, como resultado de su inherencia a la persona. Para Héctor Gross Espiell, "... el fenómeno de la internacionalización de la cuestión de los

²⁴ Trujol y Serra, Antonio. Los Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 22.

²⁵ Cfr. Buergenthal, Thomas. Derechos Humanos Internacionales. Trad. en Español de González Ruiz, Angel Carlos. 2ª. Edic. Edit. Ediciones Gemika, México, D.F. 1996. pg. 32.

²⁶ Cfr. Nikken, Pedro. El Concepto de Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 19; Ruiz de Santiago, Jaime. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Evolución Histórica. Op. Cit. pg. 69 y Buergenthal, Thomas. Derechos Humanos Internacionales. Op. Cit. pg. 51.

derechos humanos ... ha hecho que el asunto de la protección y garantía de los derechos del hombre, sin dejar de ser una materia esencialmente regulada por el Derecho Interno, haya pasado a ser una materia propia del Derecho Internacional...²⁷

En el ámbito jurídico-positivo, el respeto y fomento a los derechos humanos se encuentra establecido como uno de los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas, en los artículos 1, numeral 3, 55 y 56 de la propia Carta que dio origen a dicha organización internacional, aprobada por su Asamblea General en la Conferencia de San Francisco, el 26 de junio de 1945, en la que se acordaron los propósitos de mantener la paz y seguridad internacionales, fomentar relaciones de amistad entre las naciones y realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos.²⁸

Además de establecer los propósitos, los principios, la creación, la estructura, el funcionamiento, así como los miembros y los órganos de la nueva organización mundial, entre otras cosas, la Carta de San Francisco estableció el

²⁷ Citado por Jaime Ruiz de Santiago, en *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Evolución Histórica*. Op. Cit. pgs. 70 y 71.

²⁸ Cfr. Tapia Hernández, Silverio, *Compilador. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por México*. 1ª. Edic. Edit. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, D.F., 1999. pg. 444,

compromiso adquirido por los firmantes para promover el respeto universal a los derechos humanos, a través de sus artículos 55 y 56.²⁹

Para facilitar la cooperación a la que se refiere el artículo 55, la Carta prevé que la Asamblea General de la Organización promoverá estudios y emitirá recomendaciones con el propósito de “ayudar a que se cumplan los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión” (art. 13.1, inciso b). Sin embargo, una vez acordado el deber de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, faltaba unificar criterios sobre estos conceptos para el pleno cumplimiento de dicho compromiso, lo que generó la adopción por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada mediante Resolución 217 (III) el 10 de diciembre de 1948,³⁰ documento declarativo que fue desarrollado 18 años más tarde, en dos tratados de naturaleza convencional: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³¹, así como sus Protocolos

²⁹ “ARTÍCULO 55. Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y

c) el respeto universal a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”

“ARTÍCULO 56. Todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55.”

³⁰ Cfr. Tapia Hernández, Silverio, comp. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México. Op. Cit. pg. 33.

³¹ Aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 (XXI), el 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Senado de la República Mexicana, el 18 de diciembre de 1980, ratificado por México el 24 de marzo de 1981, publicado en el Diario Oficial de la

Opcionales³², y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³³, mismos que, a decir del Profesor Thomas Buergenthal, integran la Carta Internacional de los Derechos Humanos.³⁴

Además de los instrumentos de protección a los derechos humanos mencionados anteriormente, la Organización de las Naciones Unidas ha promulgado numerosos tratados o declaraciones que los protegen, caracterizados por ser específicos en razón del sujeto (derechos de las mujeres, de las niñas y los niños, de las minorías, de las personas con discapacidad, de las personas adultas mayores, etc.), o en razón del objeto (derechos medioambientales, derechos sobre el código genético, derechos informáticos, derecho al desarrollo, etc.), dando pie a lo que se conoce como *especificación de los mismos*.

Federación el 20 de mayo del mismo año. Se interpusieron dos reservas y dos declaraciones interpretativas. Cfr. Tapia Hernández, Silverio. Op Cit. pg. 228.

³² El primer Protocolo Facultativo fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y el segundo Protocolo Facultativo fue aprobado el 15 de diciembre de 1989. México no ha ratificado ninguno de estos instrumentos internacionales. Ibidem. pgs. 249 y 254.

³³ Aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 (XXI) el 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Senado de la República Mexicana el 18 de diciembre de 1980, ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del mismo año. No se interpuso reserva alguna, pero sí una declaración interpretativa. Ibidem. pg. 268.

³⁴ Cfr. Buergenthal, Thomas. Derechos Humanos Internacionales. Op. Cit. pg. 56.

1.2.3. CLASIFICACIÓN

A pesar de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes,³⁵ se les ha clasificado en tres categorías principalmente: derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales; y derechos de solidaridad o derechos colectivos. Veremos brevemente cada una de estas categorías.

1.2.3.1. DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Estos derechos se encuentran establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos principalmente.³⁶

Los derechos “civiles” protegen la vida, la libertad y la seguridad de la persona; prohíben la esclavitud, la tortura y el trato cruel, inhumano y degradante; comprenden también el derecho a no ser sujeto de arresto, detención o exilio arbitrarios; el derecho a recibir un juicio imparcial tanto en asuntos civiles como penales, la presunción de inculpabilidad y la prohibición de la aplicación de leyes y condenas ex post facto; el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad de palabra, religión, reunión y tránsito.

También protegen la libertad de no ser encarcelado por deudas; el derecho de todas las personas privadas de su libertad a recibir un trato

³⁵ Según Resolución adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en 1977, relativa a los criterios y medios para mejorar el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Cfr. Ruiz de Santiago, Jaime. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Evolución Histórica*. Op. Cit. pg. 76.

³⁶ Cfr. Buergenthal, Thomas. *Derechos Humanos Internacionales*. Op. Cit. pgs. 58, 65 y 66.

humanitario y con respeto por la dignidad inherente a la persona humana; el derecho de todos los niños a obtener una nacionalidad y a que se les concedan las medidas de protección que exige su condición de personas en desarrollo, mismos derechos que se encuentran establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mas no en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En cambio, el derecho de buscar asilo en otros países y disfrutar de éste por motivos de persecución; el derecho a poseer propiedades y el derecho a tener una nacionalidad, no se declaran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero sí en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por su parte, los derechos "políticos" comprenden el derecho de cada individuo, a tomar parte en el gobierno de su país, directamente, o a través de representantes elegidos libremente, enfatizando la voluntad del pueblo, como base de la autoridad del gobierno, por lo que se exige la realización de elecciones periódicas y genuinas.³⁷

1.2.3.2. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Estos derechos se encuentran establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales principalmente y "se refieren a la existencia y condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados

³⁷ Cfr. Buergenthal, Thomas. Derechos Humanos Internacionales. Op. Cit. pgs. 58 y 59.

a la dignidad inherente a la familia humana.”³⁸ Juan Antonio Cruz Parceró identifica a los derechos sociales, con los derechos *prestacionales*, es decir, con “aquellos derechos que, en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado (el Estado principalmente), requieren por su parte de una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio, es decir, cuando hablamos de ellos, hacemos referencia a bienes o servicios económicamente evaluables, subsidios por desempleo, enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etcétera.”³⁹

Estos derechos comprenden “el derecho al trabajo; el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo justas y favorables; el derecho a formar sindicatos y unirse a ellos; el derecho a la previsión social, incluido el seguro social; el derecho a la protección de la familia; el derecho a tener un nivel de vida adecuado; el derecho a gozar de los más altos niveles posibles de salud física y mental; el derecho a la educación para todos; y el derecho a tomar parte en la vida cultural.”⁴⁰

Para Germán Bidart Campos, los derechos sociales “requieren prestaciones positivas (de dar o de hacer) por parte de los sujetos pasivos, se inspira en el concepto de libertad positiva o libertad “para”, conjuga la igualdad con la libertad, busca satisfacer necesidades humanas cuyo logro no está

³⁸ Nikken, Pedro. El Concepto de Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 19.

³⁹ Cruz Parceró, Juan Antonio. Los Derechos Sociales como Técnica de Protección Jurídica, artículo en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo, comps. Derechos Sociales y Derechos de las Minorías. 1ª. Edic. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica Num. 28. México, D.F. 2000. pgs. 90 y 91.

⁴⁰ Buergenthal, Thomas. Derechos Humanos Internacionales. Op Cit. pgs. 74 y 75.

siempre al alcance de los recursos individuales de todos, pretende políticas de bienestar, asigna funcionalidad social a los derechos...⁴¹

1.2.3.3. DERECHOS DE SOLIDARIDAD, O DERECHOS COLECTIVOS

Para Margarita Herrera, en términos generales, estos derechos “se refieren al derecho de los pueblos para reclamar ciertas prestaciones de la sociedad internacional”⁴² y como ejemplos de los mismos, cita el derecho a la paz, el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a beneficiarse con el patrimonio común de la humanidad, el derecho a la comunicación, el derecho al desarrollo, el derecho a los recursos materiales y el derecho al patrimonio cultural y artístico, entre otros.⁴³

En este tipo de derechos existe concurrencia de titulares, como lo explica Bidart Campos, al ejemplificar el derecho a la preservación del medio ambiente, ya que para él, “todos los hombres que viven en un mismo ámbito (ciudad, región, etc.) tienen subjetivamente ese derecho, pero como el bien a proteger es común, el derecho personal de cada uno y el de todos forma una titularidad que, aun cuando sigue siendo subjetiva de cada sujeto, uno por uno, es a la vez compartida por esa pluralidad en la sumatoria de un interés común.”⁴⁴

⁴¹ Bidart Campos, Germán. Teoría General de los Derechos Humanos. 1ª. Edic. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. 1993, pg. 189.

⁴² Herrera Ortiz, Margarita. Manual de Derechos Humanos. 3ª. Edic. Edit. PAC, México, D.F. 2000. pg. 15.

⁴³ Ibidem. pg. 15

⁴⁴ Bidart, Campos, Germán. Teoría General de los Derechos Humanos. Op. Cit. pgs. 190 y 191. Cfr. CancadoTrindade, Antonio Augusto. Derechos de Solidaridad. Serie Estudios de Derechos Humanos,

Por otro lado, es importante mencionar que la evolución histórica del reconocimiento de los derechos humanos, ha propiciado su clasificación teórica en las denominadas “generaciones”, mismas que coinciden con las categorías antes mencionadas, es decir, los derechos civiles y políticos corresponden a la primera generación, los derechos económicos, sociales y culturales corresponden a la segunda generación y los derechos colectivos, o de solidaridad corresponden a la tercera generación.⁴⁵ Sin embargo, otros autores piensan que esta teoría de “las generaciones de derechos humanos”, atenta contra la indivisibilidad e interrelación de los mismos, por la tendencia a su atomización.⁴⁶

Asimismo, conviene señalar la existencia de otras clasificaciones que, a decir de los maestros Quintana y Sabido, toman en cuenta diversos factores de integración, de protección o de alcance de los derechos, mismos que se dividen:

“Por el sujeto trasgresor: órganos estatales y otros.

Por el alcance y órgano de protección: nacionales e internacionales.

Por el titular el derecho: personas físicas o personas colectivas.

Tomo I. 1ª. Edic. Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de la Unión Europea. Costa Rica, 1994. pg. 63, para quien los derechos de solidaridad “tienen a un mismo tiempo una dimensión “individual” y “colectiva”; una vez que conciernen a la persona humana, así como a colectividades humanas...”

⁴⁵ Cfr. Herrera Ortiz, Margarita. Manual de Derechos Humanos. Op. Cit. pgs. 13-16; Bidart Campos, Germán. Teoría General de los Derechos Humanos. Op. Cit. pgs. 189-191; Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D. Derechos Humanos. Op. Cit. pgs. 19-21; Nikken, Pedro. El Concepto de Derechos Humanos. Op. Cit. pgs. 18 y 19.

⁴⁶ Cfr. Cancado Trindade, Antonio Augusto. Derechos de Solidaridad. Op. Cit. pgs. 63-67.

Por los tiempos en que se suceden: emergencias, guerra, calamidades o estado de paz.

Por su forma de protección: jurisdiccionales y no jurisdiccionales.⁴⁷

1.2.4. MEDIOS DE PROTECCIÓN

Como se ha mencionado antes, una de las consecuencias de que los derechos humanos sean inherentes a la persona, es la vigencia del Estado de Derecho, que debe ser respetado en los Estados, sin embargo, la violación al interior de los mismos es lo que ha propiciado la creación de mecanismos internacionales *universales o regionales*, de protección a estos derechos, que operan con carácter subsidiario, puesto que en principio, deben agotarse los mecanismos internos, para su procedencia. Comentaremos brevemente algunos de los mecanismos universales y, como mecanismo regional, únicamente expondremos las características principales del sistema americano de protección a los derechos humanos, en razón de ser éste el que compete a nuestro país.

1.2.4.1. MECANISMOS UNIVERSALES DE PROTECCIÓN.

Naturalmente, no ha sido sencillo llegar al reconocimiento pleno de la legitimación procesal internacional de los individuos, ni de la capacidad de actuación de los órganos de supervisión internacional, sin que los Estados se

⁴⁷ Quintana Roldán, Carlos F. y Sapido Peniche, Norma D. Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 20.

sientan vulnerados en su actuación soberana.⁴⁸ Es por ello que la carta fundacional de la Organización de las Naciones Unidas ha sido un apoyo trascendental, ya que con base en ella, se han creado instituciones y procedimientos de supervisión, diferentes de aquellos creados convencionalmente. Cabe señalar que la responsabilidad para el desempeño de las funciones de cooperación internacional económica y social, en el que se promueva el respeto de los derechos humanos, establecida en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, quedó a cargo de la Asamblea General y, bajo la autoridad de ésta, del Consejo Económico y Social, cuyas facultades se expresan en la propia Carta.

Con base en lo anterior, en 1949 se creó la Comisión de Derechos Humanos, encargada de redactar la Declaración y los Pactos, sin tener facultades para actuar con relación a demandas sobre violación a derechos humanos, hasta 1967, año en que el Consejo Económico y Social aprobó la Resolución 1235, que le permite a la Comisión de Derechos Humanos "examinar algunas violaciones flagrantes de los derechos humanos, que sean sometidas a su atención",⁴⁹ seguida por la Resolución 1503, aprobada en 1970, que "establece un sistema limitado de peticiones para manejar las

⁴⁸ Cfr. Ruiz de Santiago, Jaime. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Evolución Histórica. Op. Cit. pg. 72.

⁴⁹ Buergenthal, Thomas. Derechos Humanos Internacionales. Op. Cit. pg. 101.

comunicaciones en las que se “revela un patrón constante” de tales violaciones.”⁵⁰

Además de la Comisión, existen otros órganos de supervisión, tales como la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y para la Protección de las Minorías, la Comisión sobre la Condición de la Mujer y la oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos.⁵¹ La primera de ellas, fue creada en 1947 como órgano subsidiario de la Comisión, encargada de realizar estudios y de enviarle recomendaciones, con el fin de prevenir la discriminación de cualquier tipo, además de promover el desarrollo de procedimientos para tratar las denuncias de violaciones a derechos humanos ante la Organización de las Naciones Unidas.

La Comisión sobre la Condición de la Mujer también fue creada en 1947 y se ha encargado de realizar estudios, informes y recomendaciones en materia de derechos humanos y temas relacionados que afectan a la mujer, revisa algunas comunicaciones en que se denuncian violaciones a los derechos de género y también funge como Comité Preparatorio de las Conferencias Mundiales sobre este tema.

La Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos fue creada mediante Resolución 48/141 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de fecha 7 de enero de 1994,⁵² en cuyo párrafo 4 (f) se le

⁵⁰ Buergenthal, Thomas. *Derechos Humanos Internacionales*. Op. Cit. pg. 101.

⁵¹ *Ibidem*. pgs. 93 y 94.

⁵² *Ibidem*. pg. 106.

confiere la facultad de desempeñar un papel activo para eliminar los obstáculos del momento y para enfrentar los retos de la plena realización de todos los derechos humanos y prevenir que continúen las violaciones de estos derechos en todo el mundo. "Esta oficina posee la jerarquía de un Subsecretario General de las Naciones Unidas. Él está a cargo de la supervisión general del Centro de los Derechos Humanos, que es la secretaría de derechos humanos de la ONU, así como de la coordinación de las actividades de la ONU en materia de fomento y protección."⁵³

Además de estos órganos protectores y promotores de la defensa y respeto a los derechos humanos, existen otros órganos creados convencionalmente, es decir, que sus normas de creación, organización y funcionamiento, se establecen en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tal es el caso de los respectivos Comités de seguimiento a los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, así como de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros,⁵⁴ encargados de llevar a cabo los procedimientos de control sobre la efectividad de los derechos consagrados.

⁵³ Buergethal, Thomas. *Derechos Humanos Internacionales*. Op. Cit. pg. 108.

⁵⁴ Algunas convenciones aprobadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas que prevén este tipo de mecanismos de control son las siguientes: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, aprobada el 21 de diciembre de 1965; Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada el 18 de diciembre de 1980; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada el 10 de diciembre de 1984 y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores migratorios y sus Familiares, aprobada el 30 de noviembre de 1990. Cfr. Tapia Hernández, Silverio, comp. *Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por México*. Op. Cit. pgs. 214, 311, 325 y 383.

Por lo general, en los instrumentos convencionales, los Estados Parte se comprometen a presentar ante dichos Comités, informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones contenidas en los mismos dentro de los plazos establecidos en cada uno de ellos, indicando algunos factores o dificultades que hayan afectado su cumplimiento. Los Comités también tienen como funciones, transmitir a los organismos internacionales especializados, los informes de los Estados Parte, que contengan solicitudes de asesoramiento o asistencia técnica; recomendar la realización de estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos establecidos en las convenciones, a la Asamblea General, así como formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en los informes, mismas que podrán ser comentadas a su vez, por los Estados Parte. Toda la información deberá ser notificada a la Asamblea General.

Cabe recordar que como el respeto y garantía de los derechos civiles y políticos implica la realización de una serie de prestaciones positivas en los órdenes legislativo, ejecutivo y judicial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé un mecanismo de *control* a través de informes ante el Comité, así como un procedimiento de *protección* mediante reclamaciones individuales de las personas que hayan sido víctimas de violaciones a los derechos establecidos en el Pacto, "lo cual es posible sólo si el Estado demandado ha expresado su consentimiento en obligarse a través del Protocolo Facultativo del Pacto que establece la competencia del Comité de Derechos

Humanos, a este respecto.⁵⁵ Cabe aclarar que el Protocolo facultativo fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996 y ratificado por México el 15 de marzo de 2002.

1.2.4.2. SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Este sistema ha sido conformado por la Organización de Estados Americanos, organismo regional intergubernamental, creado mediante su carta de constitución, suscrita en la IX Conferencia Internacional Americana, el 30 de abril de 1948, en Bogotá, Colombia y cuya vigencia comenzó en 1951.

Durante esa misma Conferencia de Bogotá, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, aprobó mediante Resolución XXX del 2 de mayo de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con carácter declarativo, como su nombre lo indica. La Declaración Americana establece una lista de 27 derechos humanos de tipo civil, político, social, económico, cultural y 10 obligaciones.

Treinta años después, el 18 de julio de 1978, entró en vigor la Convención Americana de Derechos Humanos, presentada para su firma el 20 de noviembre de 1969. Este instrumento de carácter obligatorio para los Estados contratantes, garantiza alrededor de 23 derechos civiles y políticos y establece un compromiso para lograr progresivamente la plena efectividad de

⁵⁵ Ruiz de Santiago, Jaime. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Evolución Histórica. Op. Cit. pg. 80.

los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos. Cabe resaltar que esta Convención contiene, a petición del Gobierno de Estados Unidos de Norteamérica, una "Cláusula Federal", consistente en el compromiso de un Gobierno nacional, cuando está constituido como Estado Federal, de cumplir con las disposiciones contenidas en la Convención, relacionadas únicamente con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

El sistema americano de protección a los derechos humanos cuenta con una Comisión y una Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la promoción, protección y tutela de los derechos contenidos tanto en la Declaración Americana, como en la Convención, esto es, la Comisión tiene facultades de recibir y analizar denuncias sobre la violación a derechos derivados de la Declaración, aun en los casos en que el Estado denunciado no haya firmado la Convención Americana, presentadas por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida, lo que no sucede con la Corte, puesto que su intervención sólo puede ser accionada con relación a un Estado Parte que haya reconocido previamente su jurisdicción. El estado mexicano, emitió la declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos el 1º de diciembre de 1998 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999.⁵⁶

Las denuncias o comunicaciones ante la Comisión, exigen como requisitos de procedibilidad, el agotamiento de recursos internos, que sean presentadas dentro de seis meses posteriores a la decisión definitiva, que la materia de la petición no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional y que no sea anónima.

1.3. INCORPORACIÓN DE LA NORMA INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO

1.3.1. INTRODUCCIÓN

Como se vio en el apartado 1.2., tradicionalmente el individuo no era considerado como sujeto del Derecho Internacional, salvo en algunos temas, como el de los extranjeros. Sin embargo, y a pesar del reconocimiento en el Derecho Interno de los derechos fundamentales del hombre durante los siglos XIX y XX principalmente, los abusos y violaciones cometidos por los Estados en

⁵⁶ La Declaración establece en sus tres puntos, literalmente lo siguiente: "1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.

3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado."

contra de sus nacionales crearon la necesidad de proteger esos derechos en el ámbito internacional. Tanto fue así, que la Organización de las Naciones Unidas, estableció en su Carta fundacional, que uno de sus propósitos es el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos, y que una de las funciones de la Asamblea General de dicha Organización es el impulso al desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación.⁵⁷

Gracias a ese objetivo se incrementó el proceso de internacionalización de los derechos humanos con la generación de diversos instrumentos que tienen como obligados principales a los Estados y como beneficiarios a los individuos, tanto nacionales como extranjeros. Todo lo anterior se realizó al tiempo que también se avanzaba con el desarrollo del Derecho Internacional; de hecho, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada en 1969, fue uno de los frutos más importantes de esa rama del Derecho.

Así, los Estados deben cumplir con los compromisos pactados en los instrumentos internacionales; en el caso de los derechos humanos, dicho cumplimiento se traduce en el respeto, garantía y satisfacción de los mismos. Ante la inobservancia de los tratados o la violación de esos derechos por parte de los Estados, se ha otorgado al individuo, de manera excepcional, cierta capacidad procesal para reclamar ante órganos o tribunales internacionales, por

⁵⁷ El artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas establece lo siguiente: "1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a) Fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación; b) Fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. 2. Los demás poderes, responsabilidades y funciones de la Asamblea General con relación a los asuntos que se mencionan en el inciso b) del párrafo 1 precedente quedan enumerados en los capítulos IX y X."

lo que de manera incipiente se le ha llegado a considerar como sujeto de Derecho Internacional Público.

Para comprender mejor este proceso de internacionalización de los derechos humanos -en cuanto a que son deberes contraídos por los Estados para ser cumplidos dentro de su jurisdicción, en beneficio de todos los individuos en general-, es necesario revisar cómo esos derechos adquieren vigencia en el Derecho interno de los Estados. Por ello se requiere conocer algunos tópicos del Derecho Internacional Público, tales como su concepto, sus fuentes y su relación con el derecho Interno respectivo, es decir, la manera como aquél se incorpora en éste; ¿qué sucede en caso de contradicción entre una norma internacional y una interna?; así como ¿si existe responsabilidad de un Estado por el incumplimiento de tratados?, específicamente en materia de derechos humanos.

Por otro lado y en razón de que los tratados de derechos humanos tienen como beneficiarios a los particulares, contienen disposiciones que son importantes para el Derecho Internacional Privado, principalmente cuando existen situaciones en las que se actualizan relaciones jurídicas que contienen elementos extranjeros y por ende, se vinculan con varios sistemas jurídicos a la vez y tienen diferentes maneras de solucionarse.

Por ese motivo se analizará brevemente esta materia, así como los temas recurrentes en lo relacionado con los derechos de la infancia a los que se aplican las reglas de Derecho Internacional Privado, dada la íntima relación que

presenta con el tema que nos ocupa, sin que realicemos un estudio de fondo, en razón de no ser el objeto del presente estudio.

1.3.2. DEFINICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El Derecho Internacional Público, según el maestro Carlos Arellano García, es el "conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí, las relaciones de los organismos internacionales entre sí, las relaciones de los Estados con los organismos internacionales, las relaciones de los órganos de los organismos internacionales entre sí y con los organismos internacionales, las relaciones de los hombres que rebasan las fronteras de un Estado y que interesan a la comunidad internacional".⁵⁸

Para los fines que persigue el presente trabajo, tomaremos como base la definición transcrita, toda vez que en él se contemplan tres elementos (sujetos) esenciales, a saber: los Estados, los organismos internacionales y los individuos, siendo necesario realizar dicha aclaración, puesto que a pesar de que tradicionalmente el Derecho Internacional Público se ha ocupado de regular las relaciones entre Estados, éstos han llegado a aceptar deberes con relación a los individuos, en los que los organismos internacionales han desempeñado un papel relevante.⁵⁹

⁵⁸ Arellano García, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público. 2ª Edic. Edit. Porrúa. México, D.F., 1993, pg. 106.

⁵⁹ El profesor Max Sorensen, se ocupa de describir sintéticamente la función del Derecho Internacional, derivada de las necesidades que la comunidad mundial ha requerido, al señalar que "la denominación "derecho internacional" es estrictamente técnica: designa el sistema jurídico cuya función primordial es regular las relaciones entre los Estados. A medida que los Estados han formado organizaciones entre sí,

1.3.3. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Al realizar un estudio sobre las fuentes del Derecho Internacional, algunos autores se remiten al capítulo II del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que regula la competencia de dicho Órgano Jurisdiccional,⁶⁰ toda vez que los supuestos establecidos en su artículo 38, inciso 1) han sido reconocidos por los Estados Parte en el Estatuto, como generadores de Derecho Internacional, siendo su texto literal, el siguiente:

"Art. 38 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberán aplicar:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

esa disciplina ha debido ocuparse también de las organizaciones internacionales, y es de esperar que su preocupación por ellas ha de aumentar aún más por la corriente que presenciamos hacia la integración de la comunidad de los Estados. Y como éstos se componen de individuos y existen principalmente para satisfacer las necesidades de ellos, el Derecho Internacional ha prestado siempre cierta atención, asimismo, a las relaciones de los individuos, si no con su propio Estado, al menos con otros Estados. Puesto que en tiempos relativamente recientes los Estados han aceptado, por mutuos acuerdos, diversos deberes hacia todos los individuos comprendidos en sus respectivas jurisdicciones, aun las relaciones entre los individuos y sus respectivos Estados han llegado a abrazar cuestiones de derecho internacional de modo más directo que cuando el Estado aplica, como ocurre a menudo, el Derecho Internacional —o una especie de reflejo de éste— como parte integrante de su propio sistema jurídico interno. No obstante, el Derecho Internacional ha sido y sigue siendo esencialmente para los Estados, y de esa suerte contrasta con lo que los juristas internacionales suelen denominar derecho nacional, o sea, derecho interno del Estado." Manual de Derecho Internacional Público. Sección de Obras de Política y Derecho. Traducc. a cargo de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional. 1ª Edic. 6ª Reimp. Edit. por Max Sorensen, publicado por el Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1968, pg. 53.

⁶⁰ Cfr. Ortiz Ahlf, Loretta. Derecho Internacional Público. 2ª Edic. Edit. Oxford. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México, D.F., 2002. pg. 16. Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 152. Arellano García, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público. Op cit. pg. 183.

- c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59...⁶¹

Al respecto, cabe mencionar que el artículo 2, numeral 1, inciso a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁶² define al "tratado", como el "acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".⁶³ Dada la característica de constar por escrito, esta fuente del Derecho Internacional otorga mayor precisión y certidumbre jurídica a las partes contratantes, además de que permite introducir nuevas reglas de una forma más rápida que otras.

La costumbre es definida por el profesor Max Sorensen, como "el producto directo de las necesidades de la vida internacional. Surge cuando los Estados adquieren el hábito de adoptar, con respecto a una situación dada, y siempre que la misma se repita, una actividad determinada, a la cual se le

⁶¹ Ortiz Ahif, Loretta. Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 469.

⁶² Firmada en Viena por la Organización de las Naciones Unidas el 23 de mayo de 1969, aprobada por el Senado de la República Mexicana el 29 de diciembre de 1972. El depósito del Instrumento de Ratificación se efectuó el 25 de septiembre de 1974 y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de febrero de 1975.

⁶³ Ortiz Ahif, Loretta. Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 324.

atribuye significado jurídico.⁶⁴ Continúa manifestando dicho autor, que la "práctica general" a que alude el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se adopta como resultado de la multiplicación de los precedentes y que debe proceder de la comunidad de Estados en su totalidad.⁶⁵

Los principios generales del derecho, son definidos por Carlos Arellano García, como "aquellas directrices o postulados, producto de la reflexión lógica jurídica, que orientan a la realización de los valores jurídicos, principalmente, justicia, seguridad, bien común y orden".⁶⁶ Generalmente se utilizan en caso de necesidad, como fuentes generadoras de inspiración para la creación del Derecho, o de resolución de controversias.

Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, son consideradas como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

Otra fuente considerada por la doctrina, fuera de los casos previstos por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es la derivada de las decisiones y resoluciones de las Instituciones Internacionales, ya que poseen atribuciones contempladas en sus instrumentos constitutivos, que llegan a afectar a los Estados, a los que se dirigen a través de resoluciones,

⁶⁴ Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 160.

⁶⁵ *Ibidem* pg. 161.

⁶⁶ Arellano García, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 193.

recomendaciones, decisiones, opiniones, acuerdos, regulaciones, ordenanzas, prácticas, entre otros.

1.3.4. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNO

El Derecho Internacional y el Derecho Interno o Interno, presentan ciertas diferencias que radican principalmente en sus fuentes, sus sujetos, su ámbito de aplicación y su poder de coacción,⁶⁷ a partir de las cuales, se han elaborado diversas teorías sobre la relación existente entre ambos y en cada Estado se han establecido normas internas que desarrollan dicha relación. No obstante, cabe mencionar que la práctica jurídica internacional está tendiendo a la supremacía del Derecho Internacional sobre el Interno, como se verá mas adelante.

Las diferencias entre ambos sistemas jurídicos radican por lo general, en lo siguiente:

- a) Fuentes.- La fuente formal de la legislación interna de un Estado, proviene de la voluntad unilateral del legislador, en tanto que los tratados internacionales provienen de la voluntad conjunta de los Estados.

La costumbre cobra mayor relevancia en el Derecho Internacional que en el Derecho Interno, puesto que la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda* para algunos, es el sustento del Derecho

⁶⁷ Arellano García, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pgs. 85-86.

Internacional convencional;⁶⁸ mientras que en el Derecho Interno, por lo menos en los sistemas normativos, la costumbre tiene un rango inferior.

- b) Sujetos.- Los sujetos en el Derecho Interno son los gobernados y los gobernantes, pero no el Estado soberano, por el contrario, en el Derecho Internacional, el Estado soberano, es uno de sus destinatarios.
- c) Poder de coacción.- El Derecho Interno posee un sistema normativo que regula la actuación de tribunales jurisdiccionales y autoridades ejecutoras de las decisiones tomadas por los primeros, a efecto de obligar a los particulares a dar cumplimiento a lo ordenado; siendo que el Derecho Internacional no cuenta con órganos ejecutores de las decisiones tomadas por la Corte Internacional de Justicia, además de que este órgano jurisdiccional, sólo tiene competencia para conocer asuntos en los que se encuentren involucrados los Estados que expresamente hayan aceptado su jurisdicción.
- d) Ámbito territorial de aplicación.- el Derecho Interno regula dentro del territorio nacional y sólo puede ser aplicado extraterritorialmente, en caso de existir normas conflictuales internacionales o internas que le otorguen dicha aplicabilidad; en tanto que el Derecho Internacional

⁶⁸ A decir del maestro Max Sorensen, "en el Derecho Internacional, de acuerdo con este criterio, el nivel más alto lo constituye la costumbre. Los tratados, cuya fuerza obligatoria depende de la regla consuetudinaria *pacta sunt servanda*, ocupan un plano directamente inferior; y, por último, al final de la escala se encuentran los fallos judiciales y los actos de las instituciones internacionales, realizados en ejecución de los tratados." Manual de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 191.

rige en la comunidad internacional dependiendo del ámbito espacial establecido en cada tratado.

Todas esas diferencias hacen suponer una dicotomía del ordenamiento jurídico o definitivamente, la existencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes, situación que ha sido estudiada mediante tres teorías principalmente: la teoría dualista, la monista y la de coordinación, toda vez que tanto el Derecho Internacional, como el Derecho Interno, llegan a regular simultáneamente en un ámbito determinado, por lo que es necesario distinguir si existe una relación entre ellos y en caso afirmativo, si el tipo de relación sería de subordinación o de coordinación. El sustento de sendas teorías se resume brevemente en lo siguiente:

La teoría dualista o también llamada pluralista, parte de la idea de que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos órdenes distintos que poseen ámbitos de validez diferentes y que no pueden ser invadidos entre ellos, a menos que existan normas internas o internacionales que les den aplicabilidad.

La teoría monista establece una unidad jurídica entre ambos ordenamientos, en donde debe existir una relación de subordinación, por lo que la teoría monista nacionalista propugna por la supremacía del Derecho Interno sobre el Internacional y la teoría monista internacionalista sostiene lo contrario.

En la teoría de la coordinación, también se acepta la idea de un sólo orden normativo, pero a diferencia de la teoría monista, sostiene que la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, es de coordinación y no de

subordinación.⁶⁹ Establece la supremacía del *bien común internacional* y en consecuencia, el Derecho Internacional será subsidiario de los ordenamientos que rigen en otras comunidades sociales.⁷⁰

Al realizar el estudio de dichas teorías, el internacionalista Díez de Velasco, considera que han perdido rigidez y en su lugar, han clarificado los problemas que ellas plantean, mismos que resume de la siguiente manera:

- “1. Que existe junto al ordenamiento internacional una serie de ordenamientos jurídicos internos.
2. Que el ordenamiento jurídico internacional, que se dirige a los sujetos de este Derecho, y entre los cuales se encuentran los Estados, impone a éstos una serie de deberes. El sujeto del Derecho Internacional tiene una serie de obligaciones que cumplir y que, como es natural, se manifestarán en parte en su ordenamiento interno respectivo.
3. La necesidad de cumplir dichas obligaciones lleva aparejado el que los sujetos, y entre ellos los Estados, se esfuercen en adaptar sus respectivos Derechos Internos, como más tarde veremos, a las obligaciones que del Derecho Internacional dimanen.

⁶⁹ Ortiz Ahlf, Loretta. Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 7.

⁷⁰ Cfr. Luna, Antonio. Citado por Díez de Velasco, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. SNE. Edit. Tecnos. Madrid, 1994. pg. 213.

4. La actuación de las disposiciones del ordenamiento jurídico interno contrarias al Derecho Internacional engendra la responsabilidad internacional.
5. Todo lo anterior permite observar cómo por vía indirecta se llega de hecho a una supremacía del Derecho Internacional sobre el interno, ya que las contradicciones entre ellos se resuelven a favor del Derecho Internacional no sólo por la vía de la responsabilidad internacional del Estado, sino también porque, como ha puesto de manifiesto el T.P.J.I (Tribunal Permanente de Justicia Internacional): "El Derecho interno no puede prevalecer ni sobre las obligaciones de un Estado, según el Derecho consuetudinario internacional, ni sobre sus obligaciones, según el Derecho internacional convencional"... y como también ha dicho el referido Tribunal: "Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales está obligado a hacer las modificaciones que sean necesarias en su Derecho interno para el cumplimiento de estas obligaciones."
6. Lo anterior no supone que la supremacía actúe de forma automática. Será necesaria la puesta en funcionamiento de una serie de mecanismos, que más tarde estudiaremos, para llevar a cabo la adaptación entre ambos ordenamientos jurídicos."⁷¹

De lo anterior puede desprenderse la tendencia de la supremacía internacionalista y que dada la dicotomía generada por la existencia del

⁷¹ Díez de Velasco, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pgs. 214-215.

Derecho Internacional y el Derecho Interno, se deben precisar las reglas a través de las cuales los Estados puedan aceptar obligaciones impuestas por el primero de los mencionados que no se contrapongan con su Derecho interno, así como la adaptación de éste, dentro de los límites jurídicos permitidos, para dar cumplimiento a dichas obligaciones internacionales y evitar incurrir en alguna responsabilidad, es decir, determinar la forma en cómo habrán de relacionarse ambos sistemas jurídicos.

Independientemente de las teorías que se han mencionado respecto de la relación entre los ordenamientos jurídicos internacional e internos, lo cierto es que cada Estado establecerá las reglas respecto a la recepción del Derecho Internacional, a través de disposiciones contenidas en sus constituciones u ordenamientos constitutivos. Desde un punto de vista formal, algunos de ellos por ejemplo, determinan una adopción automática del Derecho Internacional, es decir, que por el sólo hecho de ser aprobados y ratificados por las autoridades correspondientes, entran a formar parte del Derecho Interno, sin necesidad de emitir algún acto posterior. Algunas otras constituciones disponen que para que un tratado aprobado y ratificado sea aplicable, requiere de un acto posterior, como su publicación oficial. En otros casos, se dispone que el tratado debe convertirse en legislación interna, en consecuencia, tendrán el mismo rango y se someterán a los principios que resuelven los conflictos de leyes, en caso de existir incongruencias, además de que, a decir de Hildebrando Accioly, dicha

fórmula no exime al Estado de la responsabilidad internacional en que pueda incurrir.⁷²

Ahora bien, las constituciones también establecen la jerarquía que tendrá la norma internacional dentro del ordenamiento jurídico interno, puesto que en algunos países se establece la primacía del tratado sobre sus leyes internas, sean anteriores o posteriores y otros en cambio, determinan la supremacía constitucional o inclusive legal de su marco jurídico nacional, a lo que también cabe precisar que no es una excluyente de responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de un tratado.

1.3.5. CONFLICTO DE LEYES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Como se ha visto, existe cierta tendencia a establecer la supremacía del Derecho Internacional⁷³ y todo Estado se encuentra obligado a darle cumplimiento, ya que en caso contrario incurriría en responsabilidad internacional,⁷⁴ de hecho la Convención de Viena sobre el Derecho de los

⁷² "Cierto es que las constituciones de muchos Estados exigen que las normas internacionales, expresadas por ejemplo en tratados, deben ser transformadas en derecho nacional, para su ejecución en el orden interno. A este respecto hay que observar, empero, desde luego lo siguiente: 1º el incumplimiento de tal exigencia no exime al Estado de la obligación internacional; 2º la supervivencia de la ley nacional contraria a la obligación internacional no destruye ésta, y puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado. Como quiera que sea, la ley interna procura generalmente precisar la manera como será cumplida la obligación internacional" Hildebrando Accioly. Tratado de Derecho Internacional Público. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1958. Tomo I, citado por Arellano García, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 92.

⁷³ Cabe citar como ejemplo, la opinión personal del maestro Arellano García. Primer Curso de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 89.

⁷⁴ Al respecto, Manuel Díez de Velasco, señala que "el T.I.J. ha vuelto a confirmar la sedimentada jurisprudencia del T.P.J.I. sobre la primacía del Derecho Internacional en el dictamen de 26 de abril de 1988 sobre la aplicabilidad del *Acuerdo de sede de la O.N.U.* frente a lo dispuesto por una ley posterior

Tratados aborda el tema en sus artículos 26 y 27, mismos que establecen lo siguiente:

“Artículo 26. Pacta sunt servanda

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

Lo anterior quiere decir que desde un punto de vista internacionalista, en caso de existir un conflicto entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, éste debe subordinarse al primero. Sin embargo, desde un punto de vista nacionalista, las normas constitucionales prevalecerán sobre el Derecho Internacional.

Al respecto, el internacionalista Max Sorensen opina que “un conflicto entre derecho internacional y derecho interno que surja ante la jurisdicción de un tribunal internacional se resuelve, por consiguiente, sobre la base de la supremacía del Derecho Internacional. Cuando surge en el ámbito del derecho interno y no se resuelve de la misma manera, la posición que se adopta es la de que hay una violación del Derecho Internacional y trae consigo las mismas

norteamericana: “es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado”. Instituciones de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg 224.

consecuencias que cualquier otro acto ilegal. Por lo tanto, en cualquiera de los dos casos se afirma la primacía del Derecho Internacional.⁷⁵

Es lógico suponer que un Estado no querría incurrir en responsabilidad internacional, razón por la que debe prever ciertas cuestiones. De hecho, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece la posibilidad de que los Estados se reserven la aplicación de cierta disposición contenida en el tratado, que contravenga su derecho interno,⁷⁶ salvo en los casos establecidos por el artículo 19 de dicha Convención.⁷⁷

Ahora bien, si el órgano judicial de un Estado declara la inconstitucionalidad de un tratado éste dejaría de ser aplicable, lo cual en algunos casos daría lugar a la responsabilidad internacional de dicho sujeto. Sin embargo, a efecto de no incurrir en ella, existen diversas opciones, a decir del internacionalista Manuel Díez de Velasco, cuando analiza el control de la constitucionalidad de los tratados en España:⁷⁸ si la Corte detecta que la ilicitud se cometió en el procedimiento de manifestación del consentimiento (inconstitucionalidad extrínseca) se puede alegar la nulidad internacionalmente mediante el procedimiento establecido en los artículos 65 a 68 de la

⁷⁵ Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 196.

⁷⁶ De conformidad con el artículo 2, numeral 1, inciso d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

⁷⁷ a) Que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

⁷⁸ Cfr. Díez de Velasco, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pgs. 226-227.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o también se podría subsanar dicho vicio.

Por otro lado, si el conflicto es por motivos sustanciales (inconstitucionalidad intrínseca), se tendría que concertar con la otra parte, la terminación o suspensión (total o parcialmente) del tratado, o modificarlo en el punto en cuestión. Finalmente, también podría iniciarse el proceso de reforma de la Constitución, a fin de hacerla compatible con el tratado.

1.3.6. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR INCUMPLIMIENTO DE TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Hemos manifestado que existe cierta supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, mismo que deberá prever la manera en que el Estado dará cumplimiento a sus obligaciones contraídas internacionalmente, puesto que si existe contradicción entre la legislación nacional y los tratados, o si un Estado los incumple, se genera una responsabilidad internacional, por lo que conviene aclarar lo que ésta implica y cómo opera en el campo de los derechos humanos.

Al respecto, el maestro Arellano García ha propuesto el concepto de *responsabilidad internacional* que se transcribe a continuación:

“La responsabilidad internacional es la institución jurídica en virtud de la cual, un sujeto de la comunidad internacional tiene derecho a exigir, de otro sujeto de la misma comunidad, le repare el daño material o moral, derivado del incumplimiento que le es imputable de

una norma jurídica internacional, y el sujeto infractor tiene la obligación de satisfacer la reparación.”⁷⁹

Continúa manifestando el autor, que para que surja la responsabilidad internacional es necesario que concurren los siguientes elementos:

- “A) Existencia de una norma jurídica internacional que establece un deber a cargo de un sujeto de la comunidad internacional.
- B) Una conducta violatoria de la norma jurídica internacional, que puede consistir en acciones u omisiones o en ambas.
- C) La conducta violatoria de la norma jurídica internacional ha de ser imputable directa o indirectamente al Estado.
- D) La violación imputable de la norma jurídica internacional ha de engendrar un daño material o moral.”⁸⁰

La conducta violatoria de la norma jurídica internacional, se entiende como un hecho ilícito, alrededor del cual se han gestado las principales teorías de la responsabilidad internacional. Hay quienes afirman que la violación a una norma internacional provoca el nacimiento de una nueva relación obligatoria entre el Estado que cometió el hecho ilícito y el sujeto afectado por dicha violación. Como consecuencia de lo anterior, se desprenden dos tipos de obligaciones: las primarias, contenidas en la norma jurídica internacional que establece un deber a cargo de un sujeto del Derecho Internacional y las

⁷⁹ Arellano García, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 213.

⁸⁰ Ibidem. pg. 214.

secundarias, que son las generadas a partir de la violación de las primarias y que se traducen en un deber de reparación de los daños ocasionados.⁸¹

Cabe mencionar que el Derecho Internacional, si bien no carece de una regulación en materia de incumplimiento de obligaciones y aplicación de las sanciones correspondientes, sí presenta un desarrollo precario de la misma. La Comisión de Derecho Internacional, creada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 174 del 21 de noviembre de 1947,⁸² ha trabajado en el "*Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*", a efecto de codificar la práctica existente en materia de responsabilidad internacional, misma que se basa en la teoría del hecho ilícito, como consecuencia de una violación a una obligación internacional,⁸³ aunque como su nombre lo indica, dicho proyecto no es más que un intento de codificación que no ha podido concretarse.

A decir de la profesora Loretta Ortiz, el proyecto mencionado establece que la responsabilidad internacional nace de la realización de un hecho ilícito, compuesto de los siguientes elementos: 1) Un acto u omisión imputable al Estado; y 2) La violación de una obligación de Derecho Internacional, originada

⁸¹ Cfr. Aguiar A., Asdrúbal. Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I. Compiladores: Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loaiza, Rafael. 1ª Ed. Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Comisión de la Unión Europea. San José, Costa Rica, 1994. pgs. 122 y 127.

⁸² Dicha Comisión fue creada con el objeto de impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación, según lo dispone el artículo 13, numeral 1, inciso a) de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Cfr. Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 170.

⁸³ Cfr. Aguiar A., Asdrúbal. Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 124.

en el acto u omisión del Estado,⁸⁴ elementos similares a los propuestos por Carlos Arellano García, que transcribimos con anterioridad, con la diferencia de que en el proyecto de la Comisión se excluye el daño como elemento constitutivo, por considerar que está contenido en las reglas primarias y no en las secundarias, relativas a la responsabilidad del Estado.

Como se puede apreciar, el hecho ilícito implica un comportamiento imputable al Estado (acto u omisión) contrario a la norma internacional, mismo que por ser una persona colectiva, se manifiesta a través de personas físicas que encarnan a los órganos del Estado. Al respecto, Carlos Arellano García explica que un órgano del Estado "... es una esfera competencial del Estado que tiene atribuciones específicas..." y que "... habrá imputabilidad directa al Estado cuando una persona física, representante de un órgano del Estado, realiza una conducta contraria al Derecho Internacional, dentro de la esfera jurídica de sus atribuciones."⁸⁵

Por su parte, el proyecto de "Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos", considera que el hecho ilícito puede ser cometido por cualquiera de los órganos estatales, bien sea el Poder Constituyente, Legislativo, Ejecutivo, Judicial, o cualquier otro órgano en el marco de la estructura orgánica del Estado, centralizado, o descentralizado, sea federal, o de una entidad pública territorial, o en su defecto, por una entidad facultada por el Derecho Interno para ejercer prerrogativas del poder público. También se

⁸⁴ Cfr. Ortiz Ahif, Loretta. Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 148.

⁸⁵ Arellano García, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 215.

considera la responsabilidad del Estado, por actos no autorizados de sus órganos, o emitidos fuera de los límites de la competencia que les establece el Derecho Interno, pero que actúen en calidad de órganos estatales, entre otros.⁸⁶

De lo anterior nos interesa resaltar que la responsabilidad del Estado por conducta del órgano legislativo puede producirse en opinión del maestro Arellano García, por la expedición de una ley contraria a los compromisos internacionales contraídos por el Estado y por la abstención de expedir una ley conforme a lo que se ha pactado en un compromiso internacional, citando como ejemplo la sentencia de fecha 21 de febrero de 1925, emitida por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, transcribiendo el siguiente criterio: “Un Estado que ha contraído válidamente determinadas obligaciones internacionales tiene que introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de dichos compromisos”.⁸⁷

Una vez que se ha determinado la responsabilidad internacional, se debe aclarar cuáles son sus consecuencias. Los efectos del incumplimiento a una norma internacional podrán ser los de afrontar una sanción por parte del Estado infractor y/o reparatorios, es decir, realizar los actos u omisiones tendientes a la reparación material o moral del daño, en caso de que éste se haya ocasionado. A su vez, pueden ser de carácter aflictivo, esto es, el deber de compurgar una pena; o fuera de esas hipótesis, el establecimiento de medidas e instrumentos

⁸⁶ Cfr. Ortiz Ahlf, Loretta. Derecho Internacional Público. Op. Cit. pgs. 149 y 150.

⁸⁷ Arellano García, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público. Op. Cit. pg. 220.

que dentro de cada ordenamiento, sea el interno o el internacional, aseguren la imposición coercitiva de las obligaciones violadas.⁸⁸

Como se puede apreciar, definir los supuestos y los alcances de la responsabilidad internacional ha presentado serias dificultades de codificación, sin embargo, su sistematización en los supuestos de violación de derechos humanos ha sido todavía peor. En opinión de Asdrúbal Aguiar, “las normas específicas sobre responsabilidad contenidas en tales instrumentos (los de derechos humanos) se caracterizan por su laconismo. No detallan las acciones u omisiones que, eventualmente, deban reputarse como contrarias al deber de los Estados Partes de respetar y garantizar en sus jurisdicciones los derechos de la persona humana; no precisan, por lo demás, los supuestos en que sería admisible la atribución o la exclusión o, eventualmente, la exoneración de la responsabilidad estatal; y, sólo de manera genérica definen el contenido y los alcances, en otras palabras, las consecuencias aflictivas y/o reparatorias reconducibles a la infracción de las obligaciones que establecen.”⁸⁹

Por lo anterior, dicho autor considera que las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos continúan sujetas a las reglas generales de la responsabilidad por hecho ilícito y sus efectos son de índole esencialmente reparatorio. Al entrar al tema de las

⁸⁸ Cfr. Aguiar A., Asdrúbal. Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos. Op. Cit. pgs. 122 y 123.

⁸⁹ Aguiar A., Asdrúbal. Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 118.

obligaciones sobre derechos humanos, se basa en la Convención Americana,⁹⁰ cuyos artículos 1.1 y 2 establecen las obligaciones secundarias⁹¹ a que se comprometieron las Partes contratantes. Una vez definidas dichas obligaciones, analiza las posibles violaciones y los efectos que éstas producirían.

Las obligaciones establecidas en los artículos arriba mencionados, se refieren a la de respetar los derechos y libertades reconocidos y la de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción de cada Estado,⁹² por lo que en caso de no respetar los derechos protegidos, u omitir garantizarlos, es decir, al no prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos que tienen lugar dentro de su jurisdicción, un Estado incurre en responsabilidad internacional.⁹³

Entonces, ¿qué efectos conlleva la violación a los derechos humanos? Como lo manifiesta el autor en comentario, hasta ahora las reparaciones han sido de índole patrimonial, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina. No obstante, en su opinión, dicho órgano jurisdiccional debe precisar los efectos concretos que conllevaría la violación a los derechos humanos, así como pronunciarse respecto de los "límites

⁹⁰ Ver Supra. 1.2.4.2.

⁹¹ Cabe aclarar la distinción entre obligaciones primarias y secundarias en materia de derechos humanos: las primeras se refieren a la obligación de respetarlos y garantizarlos y las secundarias se refieren a la responsabilidad por incumplimiento o violación de las primarias y se concretan en un deber de reparación. Cfr. Aguiar A., Asdrúbal. La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos. Op. Cit. pgs. 122 y 127.

⁹² Ver Supra. 1.2.1. sobre las implicaciones tanto del respeto, como de la garantía de los derechos humanos.

⁹³ Cfr. Aguiar A., Asdrúbal. La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos. Op. Cit. pgs. 131-133.

materiales y personales de las medidas “reintegradoras” tanto de la legalidad como de los daños, sean de índole patrimonial o moral; en modo tal de que se puedan identificar con certeza a los “lesionados”, es decir, a los verdaderos titulares ora de los derechos subjetivos tutelados por la Convención ora de los intereses legítimos que cabe reintegrar por expreso mandato judicial.”⁹⁴

Tal parecería que la incipiente estructura normativa para la determinación de la responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos, se aboca a las violaciones de los derechos civiles y políticos, no así por lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales,⁹⁵ mismos que se encuentran todavía mas lejos de poder ser reclamados por la vía de la responsabilidad internacional. De hecho, consideramos que un Estado que no introduzca en su legislación interna, las modificaciones necesarias para dar cumplimiento a los compromisos contraídos mediante tratados en materia de derechos humanos, incurre en una responsabilidad internacional, misma que debe tener como efecto la imposición coercitiva de las obligaciones violadas y la reparación de los daños causados, si existiesen.

1.3.7. ASPECTO CONFLICTUAL DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION

Con lo hasta aquí expuesto, puede decirse que las disposiciones contenidas en un tratado de derechos humanos firmado y ratificado por un

⁹⁴ Aguiar A., Asdrúbal. La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos. Op. Cit. pg. 139.

⁹⁵ Ver supra 1.2.3.2.

Estado, se incorporan a su Derecho interno y tiene la obligación de cumplirlas, mediante omisiones o actos -legislativos, administrativos, judiciales o de cualquier índole- llevados a cabo por sus órganos de gobierno, tendientes al respeto, garantía o satisfacción de los derechos consagrados.

De hecho, dada la universalidad y transnacionalidad de los derechos humanos, éstos deben respetarse, garantizarse y satisfacerse sin discriminación alguna, razón por la que un individuo puede reclamar su cumplimiento al interior del Estado, o inclusive accionar los mecanismos regionales o universales de protección, con independencia del origen nacional que tenga y del Estado en que resida.

Ahora bien, cuando una situación jurídica concreta derivada de la aplicación de un tratado en materia de derechos humanos, se rige por el marco jurídico de un Estado, que ha incorporado las disposiciones del instrumento internacional, no existe mayor problema sobre la legislación que deberá ser observada y la autoridad competente que intervendrá para la solución del problema, siempre y cuando se consideren las normas de incorporación del Derecho Internacional, según se analizó en el apartado 1.3.5.

No obstante, si en determinada situación existen elementos extranjeros, se actualiza la concurrencia de normas correspondientes a dos o más Estados, como podría ser por ejemplo, la adopción de un niño o una niña originaria de un país diverso al de los pretendidos adoptantes; o cuando el lugar de residencia de un deudor alimenticio, sea distinto al del acreedor. Entonces se tendría que contar con una norma que determinara cuál sería el derecho aplicable al caso

concreto, misma que es estudiada por el Derecho Internacional Privado, y denominada por éste, "norma conflictual".

De hecho, aún y cuando algunos tratados de derechos humanos no contengan disposiciones formales que determinan la elección de la norma jurídica aplicable a determinadas situaciones relacionadas con más de un régimen jurídico, para Carlos Arellano García, sí dichos instrumentos internacionales tienen como destinatarios a los individuos, por esa sencilla razón, ya son importantes para el Derecho Internacional Privado, al considerar que "...cuando un tratado internacional establece una disposición que rige a particulares o regirá a particulares, después de que se traduzca en legislación nacional, está obviando el conflicto de leyes ya que sustituye las disposiciones meramente internas por una norma internacional que forzosamente excluye la colisión de normas jurídicas de los países que fueron parte en el tratado internacional..."⁹⁶

Siguiendo este criterio, cabe mencionar que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no es la excepción, ya que pueden darse casos concretos con elementos extranjeros, en los que su aplicación evite el conflicto de normas entre los Estados involucrados. Por tal motivo, es importante repasar la definición y objeto del Derecho Internacional Privado, por la íntima relación que guarda con la presente investigación, aunque es pertinente aclarar que ésta

⁹⁶ Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado. 12ª Edic. Edit. Porrúa. México, D.F., 1998. pg. 84.

no tiene como finalidad, detenerse en el estudio de las situaciones que pueden encuadrarse en diversos regímenes jurídicos.

En este orden de ideas, conforme a la definición aportada por Stella Maris Biocca, el Derecho Internacional Privado es "...aquél que comprende las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o penal; es suficiente que el interés comprometido sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente."⁹⁷

Contreras Vaca define el Derecho Internacional Privado como el "...conjunto de normas jurídicas nacionales y supranacionales de derecho público que tienen por objeto solucionar una controversia de carácter interestatal o internacional mediante la elección del juez competente para dirimirla, de la ley aplicable al fondo del asunto o la utilización de la norma que específicamente dará una solución directa a la controversia, en caso de que existan derechos de más de un Estado que converjan en un determinado aspecto de la situación concreta."⁹⁸

Para Carlos Arellano García, el Derecho Internacional Privado "...es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tienen por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de

⁹⁷ Maris Biocca, Stella. Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General. 2ª. Edic. Edit. Editorial Universidad. Buenos Aire, Argentina, 1997. pg. 20.

⁹⁸ Contreras Vaca, Francisco José. Derecho Internacional Privado. Parte General. 3ª Edic. Edit. Harla. México, D.F., 1998. pg. 4.

normas jurídicas de más de un Estado que pretenden regir una situación concreta”.⁹⁹

En opinión de este último autor, la vigencia espacial simultánea de leyes es el presupuesto indispensable de actuación del Derecho Internacional Privado, ya que para él, “...una sola situación concreta, en virtud de diversos puntos de conexión puede hallarse regida por preceptos jurídicos que corresponden a distintos sistemas normativos. Entendemos por puntos de conexión aquellos elementos de hecho, o jurídicos, previstos en la hipótesis normativa, que vinculan una situación concreta con una regla de Derecho. Por esta razón, correspóndele al Derecho Internacional Privado decidir qué norma jurídica deberá prevalecer. Es decir, el Derecho Internacional Privado remitirá a la norma interna aplicable a la situación particular”.¹⁰⁰

Con independencia de los temas que algunas escuelas tratan al estudiar el Derecho Internacional Privado –nacionalidad, condición jurídica del extranjero, conflicto de leyes, conflicto de competencia judicial o cooperación procesal internacional-, en lo que sí coinciden todas es en que la parte medular de dicha materia lo constituye el conflicto de leyes, o como algunos autores lo denominan: “convergencia de normas jurídicas”.¹⁰¹

Lo anterior implica que cuando una relación jurídica tiene puntos de conexión regidos por varios sistemas jurídicos a la vez y, por ende, distintas

⁹⁹ Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado. Op Cit. pg. 11.

¹⁰⁰ *Ibidem* pg. 14.

¹⁰¹ Cfr. Contreras Vaca, Francisco José. Derecho Internacional Privado. Op. Cit. pg. 6.

maneras de solucionar el problema, debe definirse, en primer lugar, qué autoridad será la competente para resolver la controversia, y qué autoridad, en caso de que no sea la misma, será la que se ocupe de ejecutar la resolución previamente dictada y ejecutoriada. Asimismo, el juez del conocimiento deberá determinar qué ley o leyes aplicará para resolver el problema planteado, en el entendido de que no será forzosamente su propia ley nacional la que deberá ser observada.

Son estos casos los que se resuelven con apoyo de ciertas reglas de conflicto, las cuales pueden definirse de la siguiente manera:

“Reglas de conflicto bilaterales: son normas conflictuales que permiten designar la ley aplicable a una relación de tipo internacional contemplando la posible aplicación tanto del derecho nacional como de un derecho extranjero y que tienen por objeto una categoría o figura jurídica y no la ley. Ejemplo: “el estado y la capacidad de las personas físicas se rigen por el derecho del lugar de su domicilio”¹⁰²

Para Werner, la norma conflictual -o norma de colisión, como la denomina este autor-, se integra con un tipo legal y una consecuencia jurídica, los cuales presentan características tanto positivas, como negativas. Las características positivas del tipo legal, “...describen un aspecto (método analítico) de un caso jusprivatista con elementos extranjeros; y ellas se llaman “positivas” porque su existencia es necesaria para que la norma se aplique. La

¹⁰² García Moreno, Víctor Carlos. Derecho Conflictual, en *El Derecho en México. Una Visión de Conjunto*. Tomo II. 1ª. Edic. Edit. UNAM. México, D.F., 1991. pgs. 1031 y 1032.

característica negativa del tipo legal contempla el llamado fraude a la ley; y se denomina “negativa” por ser imprescindible la inexistencia del fraude para que la norma pueda actuar normalmente”.¹⁰³

En cuanto a las características positivas de la consecuencia jurídica, éstas pueden dividirse en la conexión o punto de conexión, y lo conectado. Para Werner, “...los puntos de conexión contienen la indicación del Derecho aplicable mediante una expresión variable, la cual se individualiza en atención a las particularidades del caso dado, las cuales aquélla enfoca.”¹⁰⁴

Según el autor en estudio, los puntos de conexión pueden ser personales, reales o conductistas. Serán personales cuando la expresión variable se refiera a la nacionalidad, al domicilio, al lugar de residencia, o al país al que una persona dedica sus servicios. En los puntos de conexión reales, la variable se refiere a objetos y la norma aplicable se determina conforme a la ubicación de éstos. Finalmente, los puntos de conexión conductistas se refieren a la autonomía de las partes, lugar de la celebración del contrato, lugar de la ejecución de éste, o lugar de la perpetración de un hecho ilícito.¹⁰⁵

Lo conectado por su parte, es el derecho aplicable identificado con la ayuda del punto de conexión.

Ahora bien, por lo que se refiere a la característica negativa de la consecuencia jurídica, ésta se da cuando el derecho extranjero, en sí aplicable,

¹⁰³ Goldschmidt, Werner. Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. 8ª Edic. Edit. Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1995. pg. 80.

¹⁰⁴ Ibidem. pg. 119.

¹⁰⁵ Ibidem. pgs. 171-213.

atenta contra el orden público nacional y entonces, se rechaza la norma externa.¹⁰⁶

Por lo general, la mayoría de los conflictos de leyes se resuelven con base en las legislaciones internas de cada país o mediante el sistema conflictual tradicional, sin embargo, y dada la tendencia a desarrollar el Derecho Internacional Privado y buscar soluciones uniformes, se ha promovido la celebración de convenciones que establezcan precisamente reglas de conflicto entre distintos regímenes jurídicos.

Precisamente, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño contiene normas que obligan a tomar medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral, necesarias para dar cumplimiento, efectividad y protección a los derechos proclamados en dicho instrumento, sin discriminación alguna. Tal es el caso del artículo 10, relativo al compromiso de los Estados parte, para facilitar la reunificación familiar, en caso de que el niño o niña resida en un país diverso de uno o de ambos progenitores.

El artículo 11 de la Convención, obliga a los Estados parte, a concertar o a adherirse a tratados bilaterales o multilaterales en aras de luchar contra traslados o retención ilícitos de niños al extranjero.

En el artículo 21, los Estados buscan concertar acuerdos internacionales, a efecto de velar por el bienestar y seguridad de los niños que sean adoptados en países diversos del de origen.

¹⁰⁶ Cfr. Goldschmidt, Werner. Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Op. Cit. pg. 80.

El artículo 27 compromete a los Estados, a velar por el aseguramiento y cumplimiento de las obligaciones alimentarias a favor de los niños, mediante la concertación de convenios internacionales.

Los artículos 34 y 35, obligan a los Estados, a tomar medidas que pueden ser de carácter nacional, bilateral o multilateral, a efecto de proteger a los niños y las niñas contra la explotación sexual, el secuestro, venta y trata.

Cabe mencionar que dichas disposiciones aluden a ciertos compromisos que ya han sido pactados en algunos tratados, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Tal es el caso, por ejemplo, de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, previstas por el artículo 122 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.¹⁰⁷ De dichas reuniones, aquéllas en las que se firmaron tratados relacionados con el tema de la infancia, son las siguientes:

- Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, de 24 de mayo de 1984.
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, de 15 de julio de 1989.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 20 de noviembre de 1989.

¹⁰⁷ Dicho artículo dispone que "Las Conferencias Especializadas son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana, y se celebran cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de alguno de los consejos y Organismos Especializados." Tapia Hernández, Silverio. Comp. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México. Op. Cit. pg. 501.

- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, de 18 de marzo de 1994.

Estas convenciones contienen normas conflictuales, es decir, por acuerdo de los Estados parte, se determina cuál será el derecho aplicable para determinada situación. Por ejemplo, el artículo 3º de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, establece que:

“La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuales son los procedimientos y formalidades extrínsecos necesarios para la constitución del vínculo”.

Por su parte, el artículo 4º, de la misma Convención, dispone que: “...la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá: a) La capacidad para ser adoptante; b) Los requisitos de edad y estado civil del adoptante; c) El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso, y d) Los demás requisitos para ser adoptante. En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.”

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en lugar de contener normas conflictuales, ordena que los Estados establezcan convenios para favorecer la eficaz protección de los derechos de la infancia, obviamente,

en los casos en que una situación jurídica concreta, contenga elementos extranjeros.

1.4. ESPECIFICIDAD DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

En el presente apartado desarrollaremos los antecedentes en el siglo XX, que dieron origen al nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia, así como los instrumentos jurídicos en que quedaron plasmados. También definiremos algunos conceptos necesarios para el entendimiento y desarrollo de los capítulos posteriores, tales como niña y niño, niñez, infancia, adolescencia, desarrollo, personalidad jurídica, capacidad jurídica, doctrina de la situación irregular, doctrina de la protección integral, interés superior de la niñez y corresponsabilidad entre gobierno, sociedad y familia para la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia. A su vez, se comentará lo que se entiende por sujetos de los derechos de la infancia, así como el objeto y los medios de protección de los mismos.

1.4.1. TRATAMIENTO HISTÓRICO JURÍDICO DE LA INFANCIA DURANTE EL SIGLO XX

El tratamiento jurídico dado a la infancia y a la adolescencia, a principios del siglo XX, presentaba grandes diferencias con relación al otorgado a las personas adultas o mayores de edad, en razón de que se les consideraba personas en desarrollo y sin capacidad natural para comprender las consecuencias de sus actos.

En Latinoamérica, a decir del Dr. Emilio García Méndez,¹⁰⁸ este tratamiento jurídico diferenciado, se remonta al año 1919, con la promulgación de la Ley Agote en Argentina, a partir de la cual surge un movimiento legislativo minorista, legitimado en la protección de una infancia "supuestamente abandonada y supuestamente delincuente"... que abría "la posibilidad de una intervención estatal ilimitada para disponer de aquellos menores material o moralmente abandonados.",¹⁰⁹ en el que se cometían grandes abusos y violaciones a las garantías individuales, por lo que sus beneficios no llegaban a los denominados menores infractores, puesto que éstos recibían un tratamiento tutelar, distinto al proceso penal al que se sometían las personas adultas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos,¹¹⁰ estableció la igualdad de todas las personas en el goce de los derechos y libertades que en ella se proclaman¹¹¹ y extendió su ámbito de protección a las niñas y niños del mundo, reconoció a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, debiendo ser protegida por ésta y por el Estado. Se reconoció a su vez, que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia

¹⁰⁸ García Méndez, Emilio. Legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias, del libro Derechos del Niño. Políticas para la Infancia. Tomo I. SNE. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Venezuela. Pg. 31.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ver Supra 1.2.2.

¹¹¹ Derecho a la vida, libertad, seguridad personal, reconocimiento de su personalidad jurídica, administración de justicia, certeza y seguridad jurídica, matrimonio y familia, propiedad, libertad de tránsito, de pensamiento y opinión, de asociación y reunión, derechos sociales, derecho a un nivel de vida adecuado que incluya alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, educación, cultura, descanso, etc.

especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social".¹¹²

Por otro lado, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó mediante Resolución 1386 (XIV), la Declaración de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1959, cuyo contenido es de suma importancia, toda vez que a pesar de tener un carácter meramente declarativo, se convirtió en un instrumento internacional de derechos humanos específicos sobre la niñez, que sentó las bases para el desarrollo normativo posterior sobre esta materia.

En dicha Declaración se consideró que el niño "por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento..."¹¹³ y se instó a las autoridades de los Estados, a reconocer los derechos enunciados en los diez principios que componen su contenido, así como a luchar por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente.¹¹⁴

Mediante esta Declaración, a las niñas y niños se les reconoció su derecho al *disfrute de los derechos* enunciados, sin discriminación alguna (Principio 1); a la *protección especial* y disposición de oportunidades y servicios para su desarrollo normal y saludable, atendiendo a su Interés Superior

¹¹² Artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tapia Hernández, Silverio, comp. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México. Op. Cit. pg. 31.

¹¹³ Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño. Ibidem. Pg. 33.

¹¹⁴ Idem.

(Principio 2); a la *identidad* (Principio 3); a la *seguridad social, salud, alimentación y vivienda* (Principio 4); a la educación, tratamiento y cuidados especiales en caso de padecer alguna *discapacidad* (Principio 5); a un *crecimiento dentro de un ambiente amoroso y familiar* y aquellos que carezcan de familia o de medios para su subsistencia, deberán recibir cuidados especiales por parte de la sociedad y las autoridades, también se consideran a las familias numerosas de escasos recursos, quienes tendrán derecho a recibir subsidios estatales o de otra índole (Principio 6); a recibir *educación gratuita y obligatoria* en etapas especiales, tendiente a su Interés Superior y en condiciones de igualdad de oportunidades, así como a disfrutar del *juego y la recreación* (Principio 7); a recibir *protección y socorro* prioritariamente (Principio 8); a ser *protegido contra toda forma de abandono, crueldad o explotación* (Principio 9); y a ser *protegido contra cualquier práctica discriminatoria* (Principio 10).

A su vez, la Declaración recomendaba difundir su contenido y darle publicidad, así como tomar medidas adecuadas para su respeto y protección, sin embargo, su carácter declarativo impedía su exigibilidad, por lo que se inició un desarrollo normativo para conseguir un tratado o instrumento internacional del que pudieran derivarse medidas de fiscalización o penalización de las infracciones comprobadas.

Después de siete años de la creación de la Declaración, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹¹⁶ El tema de la protección de las niñas y niños, lo aborda el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 24, que declara el derecho que todo niño (y niña) tiene a recibir las medidas de protección que su condición de “menor” requiere, sin discriminación de ningún tipo, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado, así como su derecho a la identidad.

Por su parte, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna, así como para protegerlos de la explotación económica y social; establecer una edad mínima por debajo de la cual, quede prohibido su empleo y otorgar protección laboral a aquellos que cumplan con esta edad.

Ahora bien, el interés por elaborar un instrumento de derechos humanos específico para la protección de la niñez, seguía cobrando relevancia y es por ello que en noviembre de 1989, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social solicitó la presentación del proyecto de Convención, en conmemoración del XXX aniversario de la Declaración de 1959, por lo que después de ser adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, quedó abierta a firma el 26 de enero de 1990, misma que fue

¹¹⁵ Ver Supra 1.2.2.

¹¹⁶ Ver Supra 1.2.2.

otorgada en el momento por 61 países. Su entrada en vigor comenzó el 2 de septiembre del mismo año, con la ratificación del vigésimo Estado y para los Estados que ratificaron después, a los treinta días posteriores a este acto.¹¹⁷

Actualmente, los Estados parte en la Convención son los siguientes:

Andorra; Afganistán, Albania; Argelia; Alemania; Angola; Antigua y Barbuda; Argentina; Armenia; Arabia Saudita; Australia; Austria; Azerbaiyán; Bahamas; Bahrein; Bangladesh; Barbados; Bielorrusia; Bélgica; Benin; Bután; Bolivia; Botswana; Bosnia y Herzegovina; Brasil; Brunei Darussalam; Bulgaria; Burkina Faso; Burundi; Camboya; Camerún; Canadá; Cabo Verde; Chile; China; Chipre; Colombia; Comoras; Congo; Costa Rica; Costa de Marfil; Croacia; Cuba; Dinamarca; Djibouti; Dominica; Egipto; El Salvador; Ecuador; Emiratos Arabes; Eritrea; España; Estonia; Etiopía; Rusia; Fidji; Finlandia; Francia; Gabón; Gambia; Georgia; Ghana; Grecia; Granada; Guatemala; Guinea; Guinea Bissau; Guinea Ecuatorial; Guyana; Haití; Honduras; Hungría; Islas Salomón; Islas Marshall; India; Indonesia; Irán; Iraq; Islandia; Israel; Italia; Jamahiriya Arabe Libia; Jamaica; Japón; Jordania; Kazajstán; Kenya; Kirguistán; Kuwait; Kiribati; Lesotho; Letonia; Macedonia; Líbano; Liberia; Liechtenstein; Lituania; Luxemburgo; Madagascar; Malasia; Maldiva; Malawi; Mali; Malta; Marruecos; Mauricio; Mauritania; México; Micronesia; Mónaco; Mongolia; Mozambique; Myanmar; Namibia; Nauru; Nepal; Nicaragua; Níger; Niue; Nigeria; Noruega; Nueva Zelandia; Oman; Uzbekistán; Pakistán; Panamá; Papua Nueva Guinea;

¹¹⁷ Álvarez Vélez, Ma. Isabel, comp. *Derechos del Niño*. SNE. Edit. McGraw Hill. Madrid, 1998. Págs. 3 y 4.

Palau; Paraguay; Países Bajos; Filipinas; Polonia; Portugal; Qatar; Siria; República Centro Africana; Corea del Sur; Laos; Moldova; República Dominicana; Corea del Norte; Tanzania; República Checa; Rumania; Reino Unido; Rwanda; Santa Lucía; San Cristóbal y Nieves; San Marino; Santa Sede; San Vicente y las Granadinas; Samoa Santo Tomé y Príncipe; Senegal; Seychelles; Sierra Leona; Eslovaquia; Eslovenia; Singapur; Sudán; Sri Lanka; Sudáfrica; Suiza; Suazilandia; Suecia; Surinam; Tayikistán; Chad; Tailandia; Tonga; Togo; Trinidad y Tobago; Turquía; Tuvalu; Túnez; Turkmenistán; Ucrania; Uruguay; Vanuatu; Venezuela; Vietnam; Yemen; Yugoslavia; Zaire; Zambia y Zimbabue.

1.4.2. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

1.4.2.1. NIÑA Y NIÑO

Proviene de la voz infantil *ninno*, *ninna* y se define como “aquél que está en la niñez”.¹¹⁸ Jurídicamente se estableció por vez primera la definición de niño o niña, en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, entendiéndose como tal, a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.¹¹⁹ Al respecto, es de señalar que los conceptos de minoría o

¹¹⁸ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésimo Primera Edición, 1992, Madrid. Voz: niño.

¹¹⁹ Artículo primero de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por México. Op. Cit. Pg. 363.

mayoría de edad se encuentran relacionados con el de capacidad jurídica, que será definida más adelante.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece una definición sobre niño o niña, concretándose únicamente a dotar del estatus¹²⁰ de ciudadanía, a los hombres y mujeres que han cumplido dieciocho años de edad. También se ha dispuesto dicho requisito para la determinación de la minoría o mayoría de edad, en los ordenamientos civiles y penales de algunas entidades federativas.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo segundo define a las niñas y a los niños, como “las personas de hasta 12 años incompletos...”.

1.4.2.2. NIÑEZ

La niñez es definida por la Real Academia Española, como el “período de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad.”¹²¹

Según el Diccionario de las Ciencias de la Educación, niñez es el “período del desarrollo humano que abarca desde el nacimiento hasta la pubertad (doce o trece años, aproximadamente). Este término, generalmente

¹²⁰ Entendiéndose por estatus, “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”, definido por Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley del más Débil. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. 1ª Edic. Edit. Trotta. Madrid, España, 1999. pg. 37.

¹²¹ Diccionario de la Lengua Española. Op. Cit.

designa sólo los aspectos biológicos de esta fase, mientras que, infancia, se utiliza para referirse tanto a los aspectos fisiológicos como psicológicos de esta edad.”¹²²

1.4.2.3. INFANCIA

Al igual que la niñez, a la infancia se le define como el “período de la vida humana desde que se nace, hasta la pubertad”.¹²³ Se incluye en este concepto, al “conjunto de los niños de tal edad”.¹²⁴ En tal virtud, haremos desde ahora la aclaración sobre los términos a utilizar en el desarrollo de la presente investigación, puesto que cuando hablemos de niñez, lo entenderemos como el período de la vida humana y cuando hablemos de infancia, lo entenderemos como el conjunto poblacional de las niñas y los niños.

Por su parte, el Diccionario de las Ciencias de la Educación define a la infancia como el “primer período de la vida humana que se extiende desde el nacimiento hasta la adolescencia...”.¹²⁵

¹²² Diccionario de las Ciencias de la Educación. Publicaciones Diagonal Santillana para Profesores. Vol. II, I-Z, voz Niñez. Tercera reimpresión en enero de 1987, de la Primera Edición de mayo de 1983, México, D.F., pg. 1021.

¹²³ Diccionario de la Lengua Española. Op Cit.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Diccionario de las Ciencias de la Educación. Op. Cit.

1.4.2.4. ADOLESCENCIA

La palabra adolescencia, "proviene del Latín *adulescentia* y ésta de *adolesco*, crecer hacia la madurez. La adolescencia es la etapa de la vida humana que sigue a la niñez y que precede a la adultez, constituyendo un período de transición entre ambos. Sus características o rasgos comunes son la maduración sexual en sus aspectos psicofisiológicos y psicoafectivos, hipersensibilidad o inestabilidad emocional, evolución de los procesos intelectuales, aparición del pensamiento abstracto, del razonamiento dialéctico e interés por la observación de sí mismo."¹²⁶

Jurídicamente, el único instrumento normativo que define a la adolescencia, es la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, misma que en su artículo segundo establece que son adolescentes, las personas "que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos."

Es necesario aclarar que para efectos del presente estudio también se considerará incluido el concepto de "niña", dentro del término "niño".

1.4.2.5. DESARROLLO

Ahora bien, el periodo de la infancia, también puede analizarse desde el punto de vista del desarrollo, entendido este último, como "la evolución progresiva de las estructuras de un organismo y de las funciones por ellas

¹²⁶ Diccionario de las Ciencias de la Educación. Op. Cit.

realizadas, hacia conductas de mayor calidad o consideradas superiores... la diferenciación funcional se liga estrechamente con el desarrollo: ...a mayor desarrollo, mayor diversificación y complejidad de las funciones que posee el individuo...¹²⁷

El desarrollo en el hombre, también se divide en estadios o etapas, descritos por la psicología evolutiva. Como ejemplo, puede mencionarse a Jean Piaget, quien entiende al desarrollo como una "progresiva equilibración, un perpetuo pasar de un estado de menor equilibrio a un estado de equilibrio superior".¹²⁸

1.4.2.6. IMPORTANCIA DE LA DEFINICIÓN DE ESTOS CONCEPTOS

La importancia de definir los conceptos anteriores, deriva de que la actuación gubernamental, para la atención y protección de las niñas, niños y adolescentes, debe realizarse según sus distintas etapas de desarrollo, de modo que las políticas públicas deben dar respuestas a las necesidades específicas de las mismas, para procurar equidad en el ejercicio de los derechos. Los derechos a la educación, a la salud y al deporte, por ejemplo, se encuentran reglamentados, pero existen otros derechos cuyo ejercicio debe observar las distintas etapas de crecimiento, como lo son, entre otros, la educación alternativa, la de participación infantil, el juego y la recreación.

¹²⁷ Diccionario de las Ciencias de la Educación. Op. Cit.

¹²⁸ Piaget, Jean. Seis Estudios de Psicología. 4ª. Edic. mexicana. Edit. Seis Barral. México, D.F., 1978. pg. 11.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que las niñas, los niños y los adolescentes atraviesan por ciertas etapas de desarrollo y maduración, en las que se presentan condiciones de especial vulnerabilidad con relación a otras personas que atraviesan por el periodo de adultez y que por tanto, requieren de medidas especiales de atención y protección. Es por ello que los Estados parte en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño han reconocido en el Preámbulo de dicho instrumento, *“que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”* y han tenido presente que, *“como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*.

Con base en lo anterior, podemos concluir que si la infancia requiere de una protección especial, tanto en instrumentos normativos, como en la ejecución de políticas públicas e instituciones adecuadas para el cumplimiento de dicha obligación, entonces se requiere el establecimiento de la edad en que se contempla y su definición jurídica a nivel constitucional, debido a dos razones que la organización “Ednica”, considera básicas, puesto que:

- “Permite ubicar la edad a partir de la cual se adquieren determinados derechos o se pierden ciertas medidas de protección.

- La consideración de que la infancia es un periodo especial de la vida humana en la que se constituyen los elementos fundamentales del desarrollo del sujeto y por lo mismo, es una etapa de especial vulnerabilidad en donde es necesario brindar aquellas condiciones que la garanticen de manera adecuada.”¹²⁹

1.4.2.7. PERSONALIDAD JURÍDICA

Jorge Alfredo Domínguez Martínez, menciona que la personalidad jurídica, es la *“aptitud reconocida por la ley para ser sujeto de derechos y deberes”*, es decir, es la *“idoneidad para ser persona para el Derecho”*.¹³⁰

Rolando Tamayo y Salmorán opina que el *“...concepto de personalidad (como el de capacidad), es propio de la dogmática moderna y funciona como sinónimo de capacidad jurídica. En el discurso jurídico por “personalidad” se entiende: la capacidad de ser persona. Goza de personalidad o capacidad jurídica quien tiene derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas”*.¹³¹

Dentro de una sociedad cuyas relaciones interpersonales se encuentran reguladas por la norma jurídica, es necesario ser reconocido como persona (sujeto jurídico) y tener personalidad jurídica, para ejercer derechos y contraer

¹²⁹ Gerardo Sauri Suárez, EDNICA. Documento: Las contradicciones de la reforma del artículo 4º constitucional, frente a la Convención Internacional sobre los Derechos de la Niñez. México, D.F., abril de 2000.

¹³⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. 1ª Edic. Edit. Porrúa. México, D.F., 1990. pg. 132.

¹³¹ Tamayo y Salmorán, Rolando. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 3ª Edic. Edit. Porrúa. UNAM. México, D.F., 1989, pg. 2397.

obligaciones. Los sujetos jurídicos tienen dos manifestaciones: como personas físicas y como personas jurídicas, colectivas o morales, mismas que no se estudiarán por no ser tema de interés en el presente trabajo.

1.4.2.8. CAPACIDAD JURÍDICA

Se ha definido a la capacidad jurídica como "la aptitud de tener o ejercitar derechos y facultades o ser sujeto de obligaciones y responsabilidades jurídicas... En este sentido persona (física) es un ente considerado como investido de derechos y facultades (o con la aptitud de adquirirlos) ... Estos atributos jurídicos (no empíricos) distinguen claramente a la persona jurídica (física) del ser humano."¹³²

La capacidad es un atributo indispensable para que el Derecho otorgue efectos jurídicos a los actos realizados por la persona, a quien también se le han atribuido otros elementos, tales como el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad.

1.4.2.8.1. CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO

En nuestro Derecho Civil se habla de dos tipos de capacidad jurídica: *la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio*; con la primera, se reconoce que las personas somos titulares de derechos y obligaciones, o deberes; y con la segunda, se reconoce que las personas podemos celebrar actos jurídicos y

¹³² Tamayo y Salmorán, Rolando. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV. Op. Cit. pg. 2398.

ejercer nuestros derechos por nosotros mismos. Las normas civiles han establecido que las niñas y niños no pueden comprender todavía el significado de ciertos actos jurídicos, en virtud de su condición de inmadurez, por lo que se les restringe esa capacidad jurídica, es decir, poseen la capacidad de goce para ser titulares de derechos, pero no tienen la capacidad de ejercicio para ejercitar algunos de ellos, ni defenderlos judicialmente y no pueden disponer libremente de su persona, ni de sus bienes, salvo que sea a través de un representante.

La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero los concebidos entran bajo la protección de la ley.¹³³ Ahora bien, la minoría de edad (incapacidad natural), el estado de interdicción (incapacidad legal) y otras incapacidades establecidas por ley, “son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atender contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”¹³⁴

El Código Civil determina expresamente en su artículo 450 que los menores de edad tienen incapacidad natural, misma que a decir del jurista Rogel Vide, implica que “la capacidad del “menor” se restringe en mayor o menor medida, estableciéndose -en su bien y por razón de la protección oficial que se le dispensa -una situación de dependencia jurídica del mismo respecto de otras personas (padre, tutores, curadores). La capacidad -recuérdese- se

¹³³ Cfr. el artículo 22 del Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1º de septiembre de 1932, reformado mediante publicación de fecha 29 de mayo de 2000. Editorial Sista, Distrito Federal, 2000.

¹³⁴ Artículo 23 del Código Civil Federal. Op. Cit.

presume, en modo tal que las restricciones a la misma son excepciones, habiendo de ser interpretadas restrictivamente.”¹³⁵ Sin embargo, en el caso de los niños a pesar de la declaración sobre el no menoscabo de la dignidad de las personas “incapaces” y de la “excepcionalidad” con que debe restringirse su capacidad jurídica, en la práctica ha sucedido lo contrario, puesto que constantemente se violan sus derechos y se ha considerado que la limitación de su capacidad es prácticamente la regla, en lugar de la excepción.

Consideramos que las restricciones a la capacidad jurídica, deben presentarse de manera limitativa (sólo cuando el orden normativo así lo establezca, como es el caso de la ejecución de actos de administración), pero nunca de manera generalizada. Los derechos de las personas -y de los niños y niñas, por consiguiente-, pueden ser ejercidos de manera personal y realizar directamente las conductas permitidas, o no prohibidas por la ley, que no tengan alguna limitación, como es el supuesto de los actos de dominio por parte de un menor de edad.

Otro tipo de ejercicio de derechos, es aquél en el que se requiere acudir a un órgano judicial del Estado, para reclamarle la adopción de medidas necesarias para la protección o satisfacción de su interés. En esta especie *de ejercicio judicial de un derecho*, las niñas y los niños, actualmente sí requieren de un representante para comparecer ante el Juez, pero debería considerarse la posibilidad de un ejercicio directo por parte de ellos, estableciendo

¹³⁵ Rogel Vide, Carlos. Derecho de la Persona. 1ª Edic. Edit. J. M. Bosch. Barcelona, España, 1990. pg. 44.

excepciones en los casos en que sea estrictamente necesaria dicha representación.

Como un caso particular del ejercicio de un derecho, se encuentra la *defensa* que se hace del mismo, cuando se ha impedido su ejercicio de manera directa, o ha sido violado por otra persona, y esta defensa consiste en la actividad desplegada por su titular al reaccionar y proteger sus intereses frente a la violación de los mismos, cuya vía normal sería la defensa judicial, a través de un proceso legalmente establecido para que la autoridad obligue a la restitución del goce de los derechos violados, situación en la que una niña o un niño, requerirá de su representante, por tratarse de un ejercicio judicial de defensa del derecho.

1.4.2.8. PATRIA POTESTAD

La representación requerida para el ejercicio judicial de un derecho, o la defensa del mismo, se confiere legalmente y en primera instancia, a aquéllas personas que ejerzan la patria potestad sobre las niñas y los niños y en ausencia de éstas, al tutor de los mismos. La importancia de definir este concepto radica no solamente en que quien ostenta la patria potestad de las niñas o los niños, es su representante, sino también porque en sus manos está el procurar el desarrollo armónico e integral de los mismos.

La potestad es un poder jurídico atribuido a la madre, el padre, o en su defecto, a los abuelos, para que puedan llevar a cabo la defensa de los intereses de otras personas (las niñas, los niños, o personas declaradas

interdictas) y no para que realicen los propios. No es un poder absoluto sobre la persona sujeta a la patria potestad, como se ha considerado siempre y en virtud del cual, se han cometido abusos argumentando un “ejercicio del derecho de corrección” para la educación de las niñas y niños, sin intervención del poder estatal para sancionar o corregir dichos abusos o maltratos. De hecho, la capacidad de goce de las niñas y los niños, se ve restringida o limitada a su vez, por el ejercicio irresponsable de la patria potestad o la tutela. Afortunadamente, este criterio de protección o control de las niñas y niños, se ha modificado paulatinamente, tanto para apoyar a los progenitores en el cumplimiento de sus obligaciones para con sus hijas e hijos, como para sancionarlos en caso de maltrato físico o psicoemocional, tal es el caso de la adición de disposiciones sobre Violencia Familiar, tanto en materia civil, como en materia penal.¹³⁶

1.4.2.10. DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

Un aspecto medular sobre la discusión acerca de la capacidad de goce de las niñas y los niños, es la determinación de qué derechos y obligaciones se tienen, así como quién es el titular y el representante, o quién los ejerce y quién debe cumplirlos.

¹³⁶ “Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.” Artículo 323 TER del Código Civil Federal.

Como ya se mencionó, tradicionalmente y desde un punto de vista civilista, se tenía una visión generalizada sobre la incapacidad natural de las niñas y niños, a quienes se les consideraba como objetos de protección y asistencia, en contra de los cuales, se cometían abusos por parte de sus responsables, sin que existiese intervención estatal alguna contra dichos excesos. De hecho, la autoridad sólo intervenía cuando debía proporcionarse asistencia social, o de cualquier otro tipo, a “menores abandonados y menesterosos”,¹³⁷ mismos que también estaban sujetos al maltrato institucional.

En armonía -o complicidad- con esta visión generalizada de la “incapacidad natural”, la legislación relativa a la niñez, se encontraba dispersa en los ordenamientos civiles (con las limitaciones descritas en el apartado anterior y con la determinación de obligaciones a cargo de los responsables de las niñas y niños, en contraposición a la ausencia de declaración de sus derechos); penales (niñas y niños víctimas de delitos, o aquellos en conflicto con la ley, considerados como “menores infractores”); y administrativas (en materia de educación, salud y, para los excluidos de la escuela, de la salud y de la familia, la normatividad en materia de asistencia social).

Lo anterior propició una práctica generalizada de negación a los derechos de las niñas y los niños, cuyas características, entre otras, se mencionan brevemente:

- Libertad absoluta en el ejercicio de la patria potestad o tutela.

¹³⁷ Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, 30 de marzo de 1928, derogada en 1941. A pesar de que la competencia del Tribunal de Menores se refería a la observación y estudio de los infractores menores de 15 años, también extendía su acción a los casos de menores abandonados y menesterosos, así como de los “incurregibles”, a solicitud de sus padres.

- Relación adulto-menor, de subordinación y pasividad.
- Énfasis en la niñez desfavorecida, con toma de decisiones judiciales o administrativas discrecionales.
- Falta de normatividad que limite las facultades de las autoridades.
- Separación de la familia. Criminalización de la pobreza.
- Privación de libertad como forma de tutelar sus derechos, sin posibilidades de restitución.
- Internamiento de menores como única alternativa de atención.
- Falta de garantías de legalidad y certeza jurídicas en los procedimientos incoados en contra de niñas o niños en conflicto con la Ley.

El conjunto de las legislaciones, estudios, o prácticas como las mencionadas, se dio a conocer, principalmente en Latinoamérica -con sus naturales similitudes y diferencias entre un Estado y otro-, como "*Doctrina de la Situación Irregular*", en razón de las arbitrarias declaraciones de "Situación Irregular" realizadas por una autoridad, ya sea judicial o administrativa, sobre una niña o un niño en condiciones de desventaja social, ante las que se optaba de manera casi automática, por la separación de su familia -en caso de tenerla- y la institucionalización, sin tomar en consideración, la opinión del "objeto de protección".

1.4.2.11. DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Paralelamente a esta situación irregular en materia de atención a la infancia, se conformó el Sistema Internacional de Protección a los Derechos Humanos, a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, del que se derivó la aprobación de diversos instrumentos internacionales declarativos o convencionales, tales como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; la *Declaración de los Derechos del Niño* y la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, integrada esta última, con disposiciones relativas a los otros instrumentos y con los derechos complementarios o específicos de la niñez y que fomenta un cambio en la visión generalizada sobre la "incapacidad natural", poniendo énfasis ahora sí, en la excepcionalidad de la restricción de la capacidad jurídica de los niños y niñas, considerándoseles como "sujetos de derecho", titulares de las garantías y derechos humanos reconocidos en favor de toda persona.

En consecuencia, aquellos derechos que sean susceptibles de una realización de la conducta permitida o no prohibida y que no requiera expresamente de representación alguna, podrán ser ejercidos directamente por la niña o niño titular de esos derechos (por ejemplo: buscar información, jugar, reunirse, manifestarse, participar en asuntos de su interés).

Con relación al ejercicio judicial de los derechos, o la defensa jurídica de los mismos, tendrán derecho de emitir su opinión y que ésta sea tomada en cuenta por la autoridad judicial o administrativa, dependiendo de la edad,

madurez o evolución de sus facultades, pudiendo hacerlo por sí mismos, por medio de un representante u órgano apropiado (padre, madre, tutor, defensor, Ministerio Público, familiar, procurador, gestor), pero siempre deberá garantizarse, ya sea el ser escuchado, o el tener un representante, en los casos exigidos por la Ley.

Visto de otra manera, es una garantía constitucional, el hecho de que todas las personas podamos acudir a un órgano jurisdiccional, para que se nos imparta justicia. Sin embargo, por disposición de la Ley, las niñas y los niños no pueden comparecer directamente, hecho que los pone en una situación de desventaja con relación a las personas adultas (inclusive ante quienes ejercen sobre ellos la patria potestad, o tutela), por lo cual, las autoridades deben garantizar esa representación requerida, como *mecanismo o derecho de equidad* para que el niño o la niña, accedan en igualdad de condiciones, al ejercicio de sus derechos, de tal suerte que resulta indispensable la procuración administrativa de la defensa y protección de los mismos.

1.4.3. OBJETO DE PROTECCIÓN

Si partimos de la idea de que los derechos de la infancia, son una rama de los derechos humanos, cuya especialización deriva del sujeto al que protegen, podemos afirmar que tienen por objeto, la declaración de los derechos fundamentales inherentes a toda persona humana y de los derechos específicos que la condición evolutiva requiere; así como el establecimiento de

medidas que aseguren su respeto, garantía y satisfacción, tendientes a proteger el desarrollo integral de las niñas y los niños.

Al efecto, cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió la Resolución OC-17/2002 de fecha 28 de agosto de 2002, recaída a la Opinión Consultiva que le fuera planteada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con base en las atribuciones que a ese órgano jurisdiccional le confiere el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹³⁸ sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de dicha Convención, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma, constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados, en relación a los niños y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Con relación al objeto de protección de los derechos de los niños, en dicha resolución la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinó que "la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armónico de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de

¹³⁸ "Artículo 64.1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires." Tapia Hernández, Silverio, comp. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México. Op. Cit. pg. 291.

competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.”

Ahora bien, para la consecución del fin u objeto que persigue la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se ha utilizado como herramienta, el establecimiento de un principio rector en su aplicación, que oriente la actuación de los sujetos que intervienen en el respeto, garantía, protección y satisfacción de los derechos de las niñas y niños, mismo que se conoce como el principio de *INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ*.

Como se ha mencionado en el apartado 1.3.4., los principios generales son considerados como fuentes del Derecho Internacional y en lo que se refiere a la aplicación e interpretación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se han reconocido diversos principios rectores que también han sido incorporados en el Derecho Interno de algunos Estados, uno de los cuales es el que nos ocupa. Al efecto, el segundo principio de la Declaración de los Derechos del Niño (1959), establece que “el niño gozará de una *protección especial* y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.” (El subrayado no es del texto original).

Por su parte, el párrafo primero del artículo tercero de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, establece que “en todas las

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

En el campo del derecho interno mexicano, el artículo cuarto de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece que “de conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social. Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como el de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

El Interés Superior de la Niñez (o del Niño), ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la Resolución OC-17/2002 de fecha 28 de agosto de 2002, antes mencionada, de la siguiente manera:

“59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3,

9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.¹³⁹ A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴⁰ establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la

¹³⁹ En igual sentido el principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) estableció lo siguiente:

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

Así también el Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo adoptada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994) señala:

El interés superior del niño deberá ser el principio por el que se guíen los encargados de educarlo y orientarlo; esa responsabilidad incumbe ante todo a los padres.

¹⁴⁰ La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

61. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.”

De todo lo anterior podemos concluir que el objeto de protección de los derechos de la infancia, lo es el desarrollo integral de las niñas y niños, para lo cual el Estado debe establecer medidas de carácter prioritario, a efecto de que se respeten, garanticen y satisfagan todos los derechos generales y específicos que aseguren dicho desarrollo integral.

1.4.4. SUJETOS

Una vez aclarado el objeto de los derechos de la infancia, conviene abordar el tema de los sujetos activos y pasivos que intervienen en las relaciones jurídicas que se generan a partir de las disposiciones establecidas en la legislación relativa a la infancia, misma que, como toda norma jurídica, otorga derechos o facultades a favor de los niños y niñas (sujetos activos) y determina deberes jurídicos u obligaciones a cargo de sus responsables, de la familia, del Estado y hasta de la sociedad en general (sujetos pasivos).

En primer lugar, es necesario mencionar que obviamente los niños y las niñas, mismos que han sido definidos en el apartado 1.4.2.1., son los sujetos a los que se dirige la protección internacional de los derechos específicos a favor

de la infancia y en consecuencia, tienen la facultad de exigir, por sí mismos o a través de representante legal, el cumplimiento de los derechos consagrados a su favor, razón por la que se les considera sujetos activos de la relación jurídica que se genera por disposición de la ley, con relación a los sujetos pasivos, es decir, aquellos que deben cumplir con las obligaciones legalmente establecidas, a efecto de que puedan satisfacerse los derechos de los niños y las niñas.

Recordemos que a partir de la aprobación y ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se generó en el ámbito teórico, la Doctrina de la Protección Integral,¹⁴¹ en la que se considera al niño y a la niña, como sujetos plenos de derechos, aunque, con ciertas restricciones en su capacidad relativa o absoluta¹⁴² y con la que se pretende dejar atrás la Doctrina de la Situación Irregular¹⁴³ que considera a las niñas y niños como objetos de protección o incluso, como futuras amenazas para la sociedad, en el caso de aquellos que han sido abandonados.

Ahora bien, el Derecho Internacional de protección a la infancia, también se dirige a otros sujetos involucrados en la declaración, ejercicio, respeto y garantía de los derechos del niño, como lo son la familia, el gobierno y la sociedad en general, o en particular, a través de diversas personas colectivas que directamente están involucradas en dichas acciones, a los cuales les impone deberes y obligaciones tendientes al cumplimiento de los derechos de

¹⁴¹ Ver Supra 1.4.2.11.

¹⁴² Ver Supra 1.4.2.8.

¹⁴³ Ver Supra 1.4.2.10.

los niños y las niñas, razón por la que se les considera sujetos pasivos de la relación.

Conviene aclarar que los responsables de los niños y niñas, es decir, quienes ejercen la patria potestad, la tutela, la guarda o custodia sobre ellos, si bien se consideran sujetos pasivos en razón de los deberes jurídicos impuestos legalmente, algunas disposiciones establecen derechos a su favor, oponibles al Estado y en consecuencia, pueden actuar como sujetos activos en el ejercicio de los mismos.

Por su parte, se considera al Estado, a la familia y a la sociedad como sujetos pasivos de las relaciones jurídicas formadas con motivo de la aplicación de la legislación en materia de infancia, en razón de uno de los principios rectores establecidos para la interpretación y aplicación de la Convención, es decir, el de la *corresponsabilidad o concurrencia entre el gobierno, la sociedad y la familia para la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia*, de manera que como consecuencia de este principio, se deriva una obligación subsidiaria de dos o más personas, de cumplir con el cargo o deber conferido legalmente con relación a las niñas y niños. Cabe mencionar que a través de este principio, el interés por el cuidado y atención a la infancia, sale completamente del ámbito privado, para ser regulado en un espacio público, en donde se establece un conjunto de derechos y obligaciones concretas hacia la familia, el gobierno y la sociedad y se organizan las acciones de protección al ejercicio de los derechos de las niñas y los niños.

En este sentido, el artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."

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

Este principio se regula en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, principalmente en el artículo 7º, al establecer textualmente lo siguiente:

"Artículo 7. Corresponde a las autoridades o instancias federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, la de asegurar a niñas, niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar tomando en cuenta los derechos y deberes de sus madres, padres, y demás ascendientes, tutores y custodios, u otras personas que sean responsables de los mismos.

De igual manera y sin perjuicio de lo anterior, es deber y obligación de la comunidad a la que pertenecen y, en general de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio en el ejercicio de sus derechos.

El Gobierno Federal promoverá la adopción de un Programa Nacional Para la Atención de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, en el que se involucre la participación de las entidades federativas y municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, así como el sector privado y social, para la instrumentación de políticas y estrategias que contribuyan al cumplimiento de la presente ley y garantice el mejoramiento de la condición social de niñas, niños y adolescentes.”

Con relación a este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución OC-17/2002, opinó lo siguiente:

“65. En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

66. En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a

favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, “[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad”, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal,¹⁴⁴ VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴⁵ y 17.1 de la Convención Americana.¹⁴⁶

De lo anterior se concluye que los niños y las niñas son los titulares de los derechos establecidos en el Derecho Internacional de la Infancia y su consecuente declaración en el derecho interno, por lo que al tener la facultad de exigir el cumplimiento de los mismos, se constituyen en sujetos activos de la relación jurídica formada en relación con los sujetos pasivos, es decir, aquellos a quienes se les atribuyen legalmente obligaciones y/o responsabilidades sobre la garantía, respeto, satisfacción y libre ejercicio de esos derechos, por sus titulares.

¹⁴⁴ La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

¹⁴⁵ La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

¹⁴⁶ La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

1.4.5. MEDIOS DE PROTECCIÓN

En el apartado 1.2.4. se analizaron los diferentes medios universales y regionales desarrollados para la protección de los derechos humanos y considerando que los derechos de los niños establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño son específicos dentro de la categoría de los derechos humanos, también son aplicables los mecanismos a que se refiere el apartado citado, para obtener el cumplimiento de lo pactado en la Convención.

El artículo 4º de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño establece que los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención y que en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, se adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Es decir, los Estados parte en la Convención deben establecer medios de protección de los derechos de los niños ante los conflictos jurídicos derivados de su incumplimiento o de su colisión con los derechos de los adultos, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, según lo disponen los artículos 2º y 4º de la propia Convención, además de que como se

ha visto, todas esas medidas deberán ser tomadas en consideración al *interés superior del niño*.

A su vez, las medidas de protección que se fundamenten en el *interés superior del niño*, deberán regirse por la interpretación conjunta de las disposiciones de la Convención, es decir, no se debe interpretar dicho principio, como justificación de acciones que lleguen a vulnerar los derechos de los niños. Por el contrario, en caso de conflicto entre dos o más derechos, debe tomarse la medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos.

En consecuencia, un Estado tiene la obligación de establecer los mecanismos necesarios para la satisfacción y el ejercicio de los derechos proclamados en la Convención, de lo contrario, incurre en una responsabilidad, en contra de la cual, procede la activación de los órganos jurisdiccionales internacionales.

Existen diversos artículos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que establecen derechos de protección contra actos concretos, como son los traslados ilícitos al extranjero, el abandono familiar, el abuso de drogas, explotación laboral o sexual, tráfico, tortura, conflictos armados, o de otra índoles, en los cuales los estados Parte se comprometen a adoptar medidas específicas para cada caso. Sin embargo, a pesar de que pueden consideradas como medidas de protección, por el hecho de estar declarados como derechos en la parte sustantiva de la Convención, serán motivo de estudio en el segundo capítulo del presente trabajo.

Además de lo anterior, la propia Convención establece en su parte segunda, un sistema de supervisión y ejecución de sus disposiciones, mismo sistema que, al igual que los derechos de protección, será estudiado en el capítulo segundo de esta investigación.

CAPÍTULO 2

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

2.1. INTRODUCCIÓN

Como se ha visto, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es de suma importancia dentro del marco de los derechos humanos, puesto que en ella se definen los derechos reconocidos previamente por la comunidad internacional a toda persona, así como aquellos propios de la niñez, frente a la sociedad, a la familia y al Estado.

A decir del internacionalista Daniel O'Donnell la Convención posee un doble valor: el jurídico, que permite la incorporación de algunos derechos del niño al Derecho Internacional vinculante y la consecuente revisión de la legislación nacional para asegurar su compatibilidad; y el moral o político, que permite "legitimar las aspiraciones populares y sirve como marco de referencia para la evaluación del empeño y de los programas de todo gobierno, independientemente de consignas ideológicas. También afirma y codifica valores universales, se presta a esfuerzos de concientización y capacitación a nivel sectorial, local o inclusive popular, cuyo valor real muchas veces no depende de su vigencia formal."¹

La estructura de la Convención consta de un preámbulo y tres partes desarrolladas en 54 artículos. En el preámbulo se mencionan los vínculos entre

¹ Daniel O'Donnell. La Convención sobre los Derechos del Niño, Estructura y Contenido, artículo en Derechos del Niño. Políticas para la Infancia. Op. Cit. pg. 28.

la materia tratada y los objetivos básicos de la Organización de las Naciones Unidas, así como los antecedentes de la Convención y la existencia de algunas prácticas o situaciones concretas que hacen necesaria su existencia.

Posteriormente, se desarrolla la primera parte en 41 artículos que establecen disposiciones acerca de la definición del niño, de sus derechos fundamentales, de los principios generales para la observancia y aplicación de la Convención, de las obligaciones de los Estados parte y de la corresponsabilidad de la familia y la sociedad con el Estado en la realización de algunos de los derechos declarados.

La segunda parte desarrolla los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de la Convención, llevada a cabo principalmente por el Comité de los Derechos del Niño, creado por el propio instrumento y cuyas funciones y estructura se especifican en sus artículos 43, 44 y 45.

Finalmente, la tercera parte contiene las disposiciones generales sobre la entrada en vigor de la Convención, las enmiendas, la denuncia de la misma y cuestiones afines, usuales en todo tratado. Revisaremos con detalle cada una de sus partes.

2.2. PREÁMBULO DE LA CONVENCION

Como su nombre lo indica, el preámbulo es la introducción al documento. Al igual que en varios instrumentos sobre derechos humanos, sus párrafos primero, segundo, tercero y séptimo, la vinculan con los principios, ideales y objetivos señalados en la Carta de la Organización de las Naciones

Unidas, como son el reconocimiento de la dignidad y valor de la persona humana, de sus derechos fundamentales sin discriminación alguna y la promoción, en consecuencia, del progreso social y de la elevación del nivel de vida, así como de la educación en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Los párrafos cuarto, octavo y décimo, mencionan los instrumentos que componen los antecedentes significativos de la Convención, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores conocidas como Reglas de Beijing, la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, así como los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Los párrafos quinto y sexto del mencionado Preámbulo, hacen un reconocimiento expreso a la responsabilidad e importancia que recae en la familia y la comunidad, sobre el armonioso desarrollo del niño y la protección y asistencia que éste requiere para asumir sus responsabilidades, reafirmando

en su párrafo noveno, la necesidad de proporcionar a los niños, protección, cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad, acordada en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959.

Finalmente se reconoce la existencia de niños que viven condiciones excepcionalmente difíciles en todos los países del mundo y ante ello, se toma en cuenta la importancia de las tradiciones y valores culturales de cada pueblo para la protección y desarrollo de sus niños. No obstante, se considera también la trascendencia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de la infancia a nivel mundial.

2.3. PRINCIPIOS RECTORES

Los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Convención contienen principios, que como se analizó en el apartado 1.3.3., son directrices o disposiciones generales que orientan las acciones relacionadas con la aplicación o interpretación de la misma y a los cuales, genéricamente podemos denominar como "*No Discriminación*", "*Interés Superior del Niño*", "*Efectividad de los Derechos*" y "*Corresponsabilidad entre el Estado, Familia y Sociedad*".

2.3.1. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El artículo 2º de la Convención establece el *respeto y el aseguramiento* de la aplicación de los derechos en ella enunciados, a cargo de los Estados parte, sin discriminación alguna derivada de la raza, el color, el sexo, el idioma,

la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición. Es importante resaltar de este artículo que no solamente establece la prohibición de algún tipo de discriminación basada en las mencionadas características de los niños o niñas, sino también de sus padres o representantes legales.

A través de dicho artículo los Estados parte se comprometieron a tomar todas las medidas apropiadas para *garantizar* la protección adecuada contra cualquier forma de discriminación hacia los niños, sus familiares o sus representantes.

2.3.2. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El artículo 3º de la Convención establece el principio del *Interés Superior del Niño*, mismo que además de ser una consideración primordial a tomar en las determinaciones judiciales, administrativas o legislativas, en las que esté involucrado un niño, sirve para resolver los conflictos de intereses entre este último y cualquier otra persona adulta.

Como ejemplos de la rectoría del principio que se analiza, en la interpretación o aplicación de la Convención, podemos citar otros artículos que hacen patente la necesidad de velar por el interés superior del niño, tales como el artículo 9º, que establece que el niño no será separado de sus padres salvo cuando sea necesario en su interés superior; el artículo 18 establece que la

preocupación fundamental en la crianza y el desarrollo del niño será su interés superior; el artículo 21 establece que los Estados parte cuidarán de que el interés superior del niño sea una consideración primordial en materia de adopción; según el artículo 37, en los casos de privación de la libertad de un niño del que se alega que ha infringido las leyes deberá estar separado de los adultos, a no ser que ello se considere contrario a su interés superior y finalmente, en ese mismo supuesto, el artículo 40 establece que la causa penal será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, en presencia de un asesor jurídico y de sus padres o representantes legales, a menos que ello se considere contrario a su interés superior.

El artículo 3º que se analiza también establece el compromiso de los Estados parte sobre el *aseguramiento de la protección y cuidado* necesarios para el bienestar de los niños, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres o responsables y con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

2.3.3. PRINCIPIO DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

El ejercicio de los derechos consagrados en la Convención deberá hacerse efectivo mediante las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que deberán ser adoptadas por los Estados parte, según se comprometieron, a través del artículo 4º de dicho instrumento internacional. Es decir, el establecimiento de mecanismos eficaces para su ejercicio es un

derecho oponible al Estado, por lo que podría concluirse que es un derecho que permite el ejercicio de otros derechos.

2.3.4. PRINCIPIO DE LA CORRESPONSABILIDAD ENTRE EL ESTADO, LA FAMILIA Y LA SOCIEDAD

El artículo 5º de la Convención se refiere al papel de los responsables de los niños (madres, padres, tutores, representantes o familiares) en el ejercicio de sus derechos, situación que está íntimamente ligada con lo que se ha mencionado en el apartado 1.4.4., relativo a los sujetos de los derechos de la infancia, pero que visto como principio rector, establece un marco general para los diversos artículos que regulan situaciones sobre la relación entre el Estado, la familia y el niño. Textualmente dispone lo siguiente:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

De la transcripción anterior, según el internacionalista Daniel O'Donnell, se desprenden tres consideraciones fundamentales, que son: “la reafirmación del rol natural de los padres en la crianza y educación de los niños; la

confirmación de que son los niños mismos quienes ejercen sus derechos; y la introducción al concepto de la evolución progresiva de la competencia del niño a ejercer sus derechos con creciente autonomía, que permite superar una aparente contradicción entre los dos primeros conceptos.²

Además de este principio rector, a lo largo del texto de la Convención se establecen derechos y responsabilidades dirigidos a los niños, a las familias y al Estado, en los que se parte de la idea de que el mejor ambiente para el desarrollo del niño, es el de la familia y que en consecuencia, ésta deberá ser respetada en su intimidad y apoyada en la labor de velar por que ese desarrollo sea adecuado, desde el punto de vista físico, mental, espiritual, moral y social. No obstante, si ese ambiente es contrario al interés superior del niño, éste deberá ser separado de su familia como medida tendiente a su recuperación y reintegración social.

Ejemplos de esta relación entre el niño, la familia y el Estado los podemos encontrar en las disposiciones contenidas en los artículos que se mencionan a continuación. El artículo 18 establece que la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño radica en los padres o, en su defecto, en los tutores, cuya preocupación fundamental será, como ya se ha mencionado, su interés superior y quienes para el desempeño de esa función deberán recibir la asistencia apropiada por parte del Estado. En materia de nutrición, salud y atención sanitaria preventiva para los niños, también deberán ser orientados o capacitados de conformidad con lo establecido en el artículo

² Daniel O'Donnell. La Convención sobre los Derechos del Niño, Estructura y Contenido. Op. Cit. pg. 24.

24 de la Convención. A su vez, los Estados parte se comprometieron a adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los responsables de los niños a que éstos tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo, según lo dispone el artículo 27.

La integridad de la familia está protegida por los artículos 10, 11 y 22 de la Convención, relativos a la reunificación familiar. El artículo 16, por su parte, protege la intimidad de la familia, contra injerencias arbitrarias, mismo que encuentra un límite en los artículos 9, 19 y 20 que establecen la protección del niño contra los maltratos, supuestos en los cuales, la injerencia por parte del Estado no se considerará arbitraria siempre y cuando se realice en estricto apego a la legalidad, es decir, que la decisión sea tomada por autoridad competente y a reserva de revisión judicial, estos tres últimos artículos también establecen que en caso de determinar la separación del niño y su familia, aquélla sea en consideración a su interés superior.

Con independencia del análisis posterior que se realizará sobre los derechos concretos proclamados por la Convención, cabe mencionar que algunos de ellos pueden ser ejercidos directamente por los niños o a través de sus representantes, en tanto que otros, deberán ser eficaces mediante acciones realizadas por el Estado a efecto de proteger el desarrollo integral de los niños y niñas aún en contra de sus padres o responsables. Es decir, la relación entre la familia y el Estado se regula tendiendo al equilibrio entre el derecho del niño o niña y de la familia a ser protegidos contra injerencias arbitrarias o ilegales y el derecho del niño a la protección de la Convención.

2.4. DERECHOS PROTEGIDOS

Como todo instrumento normativo, la Convención debe ser interpretada y aplicada de manera integral, toda vez que muchos de sus artículos se encuentran relacionados entre sí; y, en el supuesto de que exista alguna duda sobre un conflicto entre los derechos proclamados en ella, deberán seguirse las directrices generales establecidas en los principios rectores.

Sin embargo, en el presente estudio y para efectos de facilitar el análisis de los derechos protegidos en la Convención los hemos dividido en tres grupos en atención a los fines que persiguen: derechos de provisión; de prevención y protección; y de participación.

Los derechos de provisión tienden al aseguramiento de condiciones de vida adecuadas para un desarrollo físico, mental, espiritual, moral y socialmente adecuado, es decir, pretenden establecer condiciones esenciales para el desarrollo evolutivo de la personalidad humana.

Los derechos de prevención y protección, como su nombre lo indica, tienden a prevenir situaciones que pongan en riesgo el desarrollo integral de los niños y niñas y que, en el supuesto de que hayan sido vulnerados sus derechos elementales, se lleven a cabo acciones que persigan la protección de la persona y la restitución en el goce de los derechos violados.

Los derechos de participación aseguran el ejercicio directo de algunos derechos de los niños en la medida en que su grado evolutivo de madurez lo vaya permitiendo, razón por la que es necesaria la promoción y divulgación de los mismos.

2.4.1. DERECHOS DE PROVISIÓN

Como se mencionó líneas arriba, los derechos de provisión pretenden establecer condiciones esenciales para el desarrollo evolutivo de la personalidad humana, razón por la que comprenden el derecho a la vida, a la identidad, a crecer dentro del ambiente familiar, a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo, a la educación, a la salud y a la seguridad social, principalmente.

2.4.1.1. DERECHO A LA VIDA

Uno de los principales derechos tendientes al aseguramiento de condiciones mínimas para un desarrollo humano adecuado es sin duda alguna el derecho a la vida, razón por la que los Estados parte en la Convención se comprometieron mediante el artículo 6 a garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño, una vez declarado su derecho intrínseco a la vida.

2.4.1.2. DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad, es decir, a poseer un nombre y una nacionalidad, es otro de los derechos fundamentales para el desarrollo de la personalidad del ser humano, mismo que se encuentra protegido por los artículos 7 y 8 de la Convención, los cuales disponen que la inscripción de un niño deberá realizarse inmediatamente después de su nacimiento, situación que será legislada y respetada por el Estado, quien debe abstenerse de incurrir

en injerencias ilícitas y debe restablecer la identidad del niño en caso de que éste haya sido privado de alguno de los elementos de la misma.

2.4.1.3. DERECHO A CRECER DENTRO DEL AMBIENTE FAMILIAR

Asimismo, el artículo 7 establece como derecho del niño, el conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, con lo cual, al igual que con otros artículos de la Convención, se refuerza la disposición relativa a que la familia es el lugar donde idealmente los niños pueden y deben crecer, siempre y cuando ello no contravenga su interés superior.

2.4.1.4. DERECHO A GOZAR DE UN NIVEL DE VIDA ADECUADO PARA SU DESARROLLO

El derecho que los niños y niñas tienen de gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo se encuentra relacionado con el derecho a crecer dentro del ambiente familiar, ya que la Convención a través de sus artículos 5, 18 y 27, reconoce que los padres y madres tienen responsabilidades comunes y que éstos o los tutores o los representantes de los niños y niñas, son los "responsables primordiales" de su crianza y de que tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, así como de impartirles dirección y orientación conforme a la evolución de sus facultades respecto del ejercicio directo de sus derechos.

A su vez, se establece el compromiso de los Estados parte, de prestar la asistencia apropiada a los responsables de los niños para el desempeño de sus funciones, así como de crear instituciones o instalaciones en los que se preste el servicio de guarda de los niños cuyos padres trabajen. También se comprometieron a proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente respecto a la nutrición, vestuario y vivienda, en los casos necesarios.

Cobra relevancia lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 27, mismo que establece que los Estados tomarán las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia a cargo de quienes tengan la responsabilidad financiera del niño, con independencia del lugar en que resida, ya que si el acreedor alimenticio tiene su domicilio en un Estado diferente al del niño, deberán promover la adhesión a los convenios internacionales que resuelven ese tipo de conflictos, con el objeto de hacer efectivo el derecho consagrado en dicho artículo.

También es necesario mencionar que no solamente se establecen obligaciones a cargo de la familia, misma que además deberá ser apoyada por el Estado en los casos necesarios, sino que también se establece la obligación a cargo de éste, de respetar los derechos y deberes de los responsables de los niños, tales como los ya mencionados en los artículos 5, 18 y 27 o el de guiarlos en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 14, por ejemplo.

2.4.1.5. DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Además de los derechos generales a la vida, a la supervivencia o a un nivel de vida adecuado para el desarrollo de los niños y niñas, en la Convención se declaran derechos concretos que facilitan la efectividad de los primeros, relativos a los derechos económicos y sociales, tales como el derecho a la educación, a la salud y a la seguridad social. Cabe aclarar que por lo que hace a los derechos culturales, se considerarán dentro de los derechos de participación.

2.4.1.5.1. DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación se encuentra regulado por los artículos 28 y 29 de la Convención. El primero de ellos se refiere principalmente al reconocimiento del derecho a la educación y al establecimiento de obligaciones a cargo de los Estados parte para facilitar y promover a los niños y niñas el acceso a la misma con el fin de que ese derecho se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades.

Como consecuencia, los Estados deberán implantar la educación primaria obligatoria y gratuita; fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a la misma y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; hacer la enseñanza

superior accesible a todos sobre la base de la capacidad por cuantos medios sean apropiados; hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; de igual manera, deberán adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Por su parte, el artículo 29 se refiere a cuestiones de fondo o contenido de la educación, es decir, los Estados parte deberán vigilar que ésta desarrolle en los niños y niñas su personalidad y capacidades física y mental, que inculque el respeto a los derechos y libertades universales, así como a sus padres, a su identidad cultural, a las otras culturas del mundo y al medio ambiente, que los prepare para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos. Todo lo anterior, sin perjuicio de la libertad de los particulares, de establecer y dirigir centros de educación, de conformidad con las leyes establecidas por los Estados.

2.4.1.5.2. DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud se encuentra regulado en los artículos 24 y 25 de la Convención. A través del primero se declara el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y de servicios para el tratamiento de las

enfermedades, así como para la rehabilitación de la salud. Mediante dicha disposición los Estados parte se comprometieron a esforzarse por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios y a adoptar las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes y que tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia."³

A través del artículo 25, los Estados parte reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Un aspecto muy importante y que no sólo contempla el derecho a la salud y a la atención médica, es el de la protección a los niños y niñas que padecen alguna discapacidad, para quienes se reconoce su derecho a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, les permitan llegar a bastarse por sí mismos y faciliten su participación activa en la comunidad.

Para ello, los Estados parte reconocen el derecho de los niños y niñas con discapacidad a recibir cuidados especiales y se comprometen a alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación de servicios que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado, de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado de cada niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de ellos, misma

³ Artículo 24, párrafo segundo, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Tapia Hernández, Silverio, comp. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos

que deberá ser gratuita cuando sea necesario y en la medida de las posibilidades económicas del Estado.

Se comprometieron a su vez, a tomar medidas a efecto de asegurar a los niños y niñas con discapacidad, el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y a que reciban tales servicios con el objeto de que logren la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual en la máxima medida posible.

2.4.1.5.3. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Por lo que hace a la seguridad social, se reconoce en el artículo 26 de la Convención el derecho de todos los niños a beneficiarse de ella y los Estados parte deberán conceder las prestaciones, en consideración a los recursos y la situación del niño y de sus responsables, así como a cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

De todo lo anterior, podemos concluir que quienes tengan bajo su cuidado a los niños y niñas, son considerados como los responsables primordiales de su crianza y desarrollo y deberán ser apoyados por el Estado en los casos necesarios, a efecto de dar plena eficacia a los derechos

ratificados por México. Op. Cit. pgs. 370 y 371.

consagrados por la Convención, además de que deberán ser respetados en sus derechos de orientación, dirección y cuidado, es decir, que el Estado no cometa injerencias arbitrarias, salvo cuando peligre el interés superior del niño, toda vez que el artículo 16 establece el derecho de todo niño o niña a ser protegido contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como ataques ilegales a su honra o a su reputación.

No obstante, en el supuesto en que el Estado deba intervenir en la esfera familiar del niño, por ser necesario para la protección de sus derechos, deberá hacerse en acatamiento a las garantías individuales y a los derechos de prevención y protección que serán explicados a continuación.

2.4.2. DERECHOS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN

Existen condiciones excepcionalmente difíciles para algunos niños y niñas, dentro o fuera de su ambiente familiar, tales como el maltrato, la venta o la explotación en cualquiera de sus formas, motivo por el cual en la Convención, los Estados parte se comprometieron a tomar medidas preventivas a efecto de reducir los riesgos de que estas condiciones aparezcan, así como de protección, que implican acciones compensatorias y de restitución de los derechos vulnerados. En el presente apartado se analizarán aquellas medidas de protección contra el maltrato al interior de la familia, protección en caso de separación familiar y de adopción, protección a niños y niñas con estatus de refugiados, protección contra cualquier forma de explotación,

protección en materia de participación de niños en conflictos armados, así como las medidas de recuperación, compensación y restitución. A su vez, se estudiarán las disposiciones relativas a niños y niñas en conflicto con la Ley Penal.

2.4.2.1. PROTECCIÓN CONTRA EL MALTRATO AL INTERIOR DE LA FAMILIA

Como se mencionó en el apartado anterior, una consideración primordial en la declaración de los derechos de los niños es la de que éstos se desarrollen en el seno familiar. De hecho, el artículo 9 de la Convención, establece el derecho del niño a no ser separado de sus padres en contra de la voluntad de éstos; salvo cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Los casos de maltrato o descuido por parte de los responsables de los niños son supuestos que permiten determinar la separación del niño, hipótesis regulada tanto por el artículo 9 arriba mencionado, como por el artículo 19 del mismo instrumento internacional, el cual determina que los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, maltratos o explotación, incluido el abuso

sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2.4.2.2. PROTECCIÓN EN CASO DE SEPARACIÓN FAMILIAR

Como se mencionó en el apartado anterior, el maltrato al interior de la familia puede llegar a ser causa de separación familiar; pero también puede actualizarse dicha situación aún y cuando no exista maltrato, como es el caso de divorcio o separación de los padres, en el que se debe determinar el lugar de residencia del niño o la niña. Al respecto, el artículo 9 de la Convención establece que se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el procedimiento que se entable y de dar a conocer sus opiniones, situación reforzada por el segundo párrafo del artículo 12 que establece la obligación de dar oportunidad al niño involucrado en algún procedimiento judicial o administrativo que lo afecte de ser escuchado, sea directamente o por medio de un representante.

Igualmente, existe una separación, cuando el Estado adopta alguna de las medidas sancionadoras, tales como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte, del padre, de la madre, de ambos o del niño y en ese supuesto, el Estado deberá proporcionar la información básica sobre el ausente, a no ser que resulte perjudicial para el niño.

Ahora bien, en el caso de encontrarse el padre, o la madre, en un Estado distinto al en que se encuentre el niño, toda solicitud hecha por cualquiera de ellos para entrar o salir, a efecto de tener una reunión de la familia, deberá ser atendida de manera positiva, salvo si existiesen restricciones legales y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas. En íntima relación con este supuesto, los Estados parte se comprometieron a tomar medidas pertinentes para evitar los traslados ilícitos o retenciones ilícitas de niños en el extranjero, para lo cual deberán promover la concertación de acuerdos internacionales a efecto de cumplir con dicha obligación.

En consideración a los supuestos en que el ambiente familiar de un niño es contrario a su interés superior, se acuerda el compromiso de adoptar medidas para su protección, mismas que de conformidad con el artículo 19, deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de maltratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Si se toma la determinación de separar al niño de su familia, ya sea temporal o permanentemente o si se presenta otro de los supuestos de

separación familiar antes descritos tendrá derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, el cual deberá garantizarle otros tipos de cuidado, como por ejemplo la colocación en hogares de guarda, la adopción o de ser necesario, su colocación en una institución adecuada para su protección y en cualquier caso, se deberá dar continuidad a su educación y respetar su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, según lo dispone el artículo 20.

2.4.2.3. PROTECCIÓN EN CASO DE ADOPCIÓN

De las medidas de protección mencionadas, la adopción es muy apropiada, en razón de que se estaría proveyendo al niño de un ambiente familiar, siempre y cuando los Estados tomen las medidas pertinentes a efecto de evitar que con ella, en lugar de beneficiarlo, se afecte el interés superior del niño, razón por la cual, a través del artículo 20 se comprometieron a velar por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa, su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

También reconocen que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen, siempre y cuando goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen y se garantice que la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

2.4.2.4. PROTECCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS CON ESTATUS DE REFUGIADOS

Una mención especial requieren los casos de protección a niños y niñas refugiados, en los que se deberá proporcionar la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de sus derechos y para ayudarlos a localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de que se reúnan con ésta. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, el Estado deberá conceder al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, de conformidad con lo manifestado en los párrafos precedentes.

2.4.2.5. PROTECCIÓN CONTRA CUALQUIER FORMA DE EXPLOTACIÓN

Por otro lado, en diversos artículos de la Convención se establece el compromiso de los Estados parte, de tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (artículo 35); la incitación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales o en espectáculos o materiales pornográficos (artículo 34); para proteger a los niños contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, así como para impedir que se les utilice en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias (artículo 33).

Por lo que hace a la explotación económica o laboral, los Estados parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra ella y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, situación que deberán garantizar mediante medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, según lo dispone el artículo 32 de la Convención tendientes a fijar una edad o edades mínimas para trabajar; a reglamentar los horarios y condiciones de trabajo y a estipular las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva de dicho artículo.

A manera de no limitar la protección otorgada en la Convención y si existiesen o se llegaren a practicar nuevas formas de abuso contra los niños, el artículo 36 establece la protección contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto del bienestar de los niños y niñas.

Es de suma importancia mencionar que con fecha 18 de enero de 2002, entró en vigor el **Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía**,⁴ con el objeto de ampliar las medidas que deben adoptar los Estados parte, a fin de garantizar la protección de los niños y niñas en contra de dichas formas de explotación, reguladas en los artículos 11, 21, 32, 33, 34, 35 y 36 de la Convención y al efecto se pactó en primer término, la prohibición y penalización de dichas formas de maltrato en el derecho interno de los Estados parte.

A su vez, los Estados parte deberán adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectiva su jurisdicción en materia de investigación y sanción de los delitos relativos a dichos supuestos, cometidos en su jurisdicción, así como para acordar internacionalmente la asistencia judicial recíproca y los casos de extradición respecto de dichos delitos. Mediante este

⁴ El artículo 2 del Protocolo, establece las siguientes definiciones: "(a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; (b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; (c) Por utilización de niños en la pornografía se entiende toda representación, por cualquier medio, de un

Protocolo, los Estados parte también se comprometieron a adoptar medidas tendientes a la protección en todas las fases del proceso penal de los niños y niñas víctimas de los delitos que se comentan y a la reparación de los daños que se les ocasionen, así como a la prevención de la comisión de los mismos.

2.4.2.6. PROTECCIÓN EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS

Uno de los hechos preocupantes para la comunidad internacional y que se ha presentado en diversas ocasiones es la participación de niños en conflictos armados, razón por la que el artículo 38 de la Convención estableció la edad mínima de quince años para ser reclutados en las fuerzas armadas de los países y participar en las hostilidades, ya que para esos efectos se dispone que debe darse prioridad a los de más edad. Por otro lado, los Estados parte se comprometieron a adoptar las medidas de protección y cuidado de niños afectados por un conflicto armado de conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario.

Al igual que en el apartado anterior, es importante mencionar que con fecha 12 de febrero de 2002 entró en vigor el **Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados**, mismo que en cierta medida, reglamenta

niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes

las disposiciones contenidas en el artículo 38 de la Convención. Sin embargo, a diferencia de éste, mediante el Protocolo, los Estados parte se comprometen a velar por que no se reclute obligatoriamente en su fuerzas armadas a menores de 18 años y por lo que hace al reclutamiento voluntario, se comprometieron a elevar la edad mínima que se fijó en el tercer párrafo del mencionado artículo 38, es decir, 15 años, ya que se reconoce que en virtud de la Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial, por lo que podría considerarse que en el primer párrafo del artículo tercero del Protocolo, se “sugiere” el establecimiento en derecho interno de la edad de 18 años para el reclutamiento voluntario.

2.4.2.7. MEDIDAS DE RECUPERACIÓN, COMPENSACIÓN Y RESTITUCIÓN

Todas estas situaciones por demás indeseables, generan perjuicios en los niños y niñas afectados por ellas, motivo por el que los Estados, a manera de compensación y restitución de los derechos afectados, se comprometieron, a través del artículo 39, a adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, así como para la reintegración social de todo niño o niña víctima de cualquier forma de abandono, explotación, abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o de conflictos armados. Esa recuperación y reintegración deberá llevarse a cabo en

genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.”

un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

2.4.2.8. DISPOSICIONES RELATIVAS A NIÑOS Y NIÑAS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Por último, mencionaremos los derechos y garantías reconocidos a favor de los niños y niñas de los que se alega han infringido la ley penal y que se encuentran establecidos en los artículos 37 y 40 de la Convención.

El artículo 37 establece el compromiso de los Estados parte para velar por que ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; no se imponga la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad.

Ningún niño o niña deberá ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se deberá llevar a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, supuesto en el cual, deberá ser tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. Además deberá estar separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario a su interés

superior y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

La parte final del artículo en comento, se encuentra íntimamente ligada con el artículo 40, relativo a las garantías de audiencia y legalidad, puesto que establece que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

A su vez, el artículo 40 establece textualmente lo siguiente:

- “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:
- a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
 - b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i) Que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de

un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

- iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- v) Si se considerase que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos,

autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes y, en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
 - b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.
4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

La relevancia de estos dos artículos, el 37 y el 40, consiste en que con ellos se modifica radicalmente la visión del niño como un peligro potencial para

la sociedad basada en la doctrina de la situación irregular⁵ caracterizada por la falta de garantías de legalidad y certeza jurídicas en los procedimientos incoados en contra de niños y niñas en conflicto con la ley penal.

Como conclusión de este apartado, podemos afirmar que en caso de que no se logre el ideal de que el niño crezca y se desarrolle dentro del seno familiar, el Estado deberá adoptar medidas pertinentes y favorables para su protección y bienestar, siempre velando porque dichas medidas sean tomadas en consideración a su interés superior. Asimismo, en los supuestos de violaciones a los derechos de los niños y niñas que implique graves perjuicios en su desarrollo adecuado, se deberán tomar medidas tendientes a su recuperación, compensación y reintegración social.

2.4.3. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

Los derechos de participación son aquellos que pueden ser ejercidos directamente por sus titulares, de conformidad con la evolución de sus facultades y de la correspondiente dirección y orientación de los responsables de los niños, con las limitaciones que la propia Convención establece. Se refieren principalmente al derecho a emitir su opinión en los asuntos de su incumbencia, al derecho a la información y libertad de expresión, al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, al derecho a la libertad de

⁵ Ver Supra 1.4.2.10.

reunión y asociación, así como al derecho a participar en la vida cultural y recreativa, principalmente.

2.4.3.1. DERECHO DE OPINIÓN EN ASUNTOS DE SU INCUMBENCIA

En todos los asuntos que afecten a un niño o niña se deberá garantizar que emita su opinión y que ésta sea tomada en cuenta, con particular interés en aquellos procedimientos judiciales o administrativos en que sea afectado directamente. Dicha consideración deberá realizarse en función de la edad, madurez y juicio propio formado por el niño, según se dispone en el artículo 12, que mantiene relación con el artículo 9, analizado en el apartado inmediato anterior⁶ y con ello, al igual que con las disposiciones de protección y garantía hacia los niños en conflicto con la ley penal, se procura dejar atrás la doctrina de la situación irregular, en la que se percibía al niño como mero objeto de protección, sin tomar en consideración la opinión que éste pudiera llegar a tener sobre las medidas que se implementaban "para su beneficio", pero que en muchos de los casos, era en su perjuicio.

Por otro lado, el contenido de esta disposición alcanza también a los órganos legislativos de los Estados, puesto que éstos deberían recabar previo a la emisión de una disposición normativa en que se involucre a los niños, la opinión de éstos, o por lo menos, mantenerlos informados de las medidas a tomar, lo cual nos lleva a realizar un análisis sobre el derecho a la expresión,

⁶ Ver Supra 2.4.2.

que conlleva el de recibir una información adecuada, declarado por el artículo 13 de la Convención.

2.4.3.2. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El artículo 13 mencionado, establece el derecho a la libertad de expresión y manifiesta que ese derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño, sin más restricciones que aquellas que sean necesarias para el respeto de los derechos o la reputación de los demás o para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Este artículo, concatenado con el 12 permite relacionar dos ideas: el derecho a recibir información, con la de emitir una opinión o expresarse libremente, especialmente en los asuntos procedimentales en que se encuentre involucrado el titular de los derechos. Por otro lado, si relacionamos el artículo 13 con el 17, se amplía el panorama sobre el derecho a la libertad de expresión, ligado al de la libertad de recibir información.

Al respecto, los Estados parte en la Convención, a través del artículo 17 reconocen la importante función de los medios de comunicación y se comprometen a velar por el efectivo acceso de los niños a la información y a material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, principalmente de aquella que fomente su bienestar.

Por lo que hace a la relación con los medios de comunicación, se comprometen a alentarlos y a promover la cooperación internacional a efecto de que difundan información y materiales de interés social y cultural para los niños, en consonancia con el contenido que deben tener los programas de estudio escolarizados, según lo dispuesto por el artículo 29, así como a las necesidades lingüísticas de los niños pertenecientes a grupos indígenas o minoritarios.

No se omitió prever en la Convención, el riesgo de la emisión de información o materiales perjudiciales para los niños, razón por la que los Estados parte se comprometieron a elaborar directrices apropiadas para proteger a los niños contra toda esa información negativa para su bienestar en relación con los responsables de su cuidado.

2.4.3.3. DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN

Otro derecho proclamado que implica una participación directa de su titular, es el establecido en el artículo 14 de la Convención, referido a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y en consideración a que estos aspectos de la vida humana se van formando de manera evolutiva con la dirección y orientación de los responsables del cuidado de los niños, los Estados deberán respetar sus deberes y obligaciones relativos a dicho acompañamiento y guía en el ejercicio de este derecho conforme a la evolución de las facultades de sus

titulares, con la limitación, en cuanto a la libertad de procesar la religión que se adopte, de respetar las disposiciones legales que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral, o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

En relación con este tema, el artículo 30 de la Convención establece el derecho de los niños que pertenecen a grupos minoritarios étnicos, religiosos o lingüísticos, o a pueblos indígenas dentro de un Estado, de practicar y profesar su religión, a tener su propia vida cultural o a emplear su propio idioma, en común con los demás integrantes de su pueblo.

2.4.3.4. DERECHO A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y DE REUNIÓN

Por su parte, el artículo 15 de la Convención establece que los Estados parte reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas sin restricciones distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

2.4.3.5. DERECHO A PARTICIPAR EN LA VIDA CULTURAL Y RECREATIVA

Finalmente, en cuanto a los derechos de participación debemos destacar el derecho reconocido en el artículo 31 de la Convención, mismo que establece el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes, para lo cual, los Estados se comprometieron a respetar y promover el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística, así como a propiciar oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

2.5. SISTEMA DE SUPERVISIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA CONVENCIÓN

Como se mencionó en el apartado 1.4.4., la Parte II de la CIDN establece un sistema de supervisión y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte, consistente en la creación de un Comité de los Derechos del Niño (en adelante Comité), integrado por diez expertos en la materia elegidos por los Estados de entre sus nacionales, pero que ejercerán sus funciones a título personal. La forma de elegir a los integrantes del Comité, sus atribuciones y las obligaciones de los Estados parte para con éste, se encuentran reguladas en los artículos 42 al 45 de la Convención.

La elección de los integrantes debe llevarse a cabo en una reunión de los Estados parte convocada por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas en la sede de dicho organismo internacional y aquellos que salgan electos durarán cuatro años en su encargo, con la posibilidad de ser reelectos en caso de que se proponga nuevamente su candidatura.

La Convención establece ciertas reglas para la operación del Comité, tales como que el personal y los servicios necesarios para su desempeño serán proporcionados por el Secretario General de la ONU, los emolumentos de sus integrantes se erogarán con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea General de dicho organismo pueda establecer. Se dispone también que el Comité deberá celebrar reuniones anuales cuya duración será determinada y revisada por los Estados parte, en caso de ser procedente y deberá presentar cada dos años, informes sobre sus actividades ante la Asamblea General de la ONU, por conducto del Consejo Económico y Social, todo lo cual, deberá estar reglamentado en el instrumento que adopte el propio Comité.

Por lo que hace a las obligaciones de los Estados parte, éstos se comprometieron a presentar al Comité por conducto del Secretario General de la ONU, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de dichos derechos, en el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado parte haya entrado en vigor la Convención y en lo sucesivo, cada cinco años.

Según el artículo 44 de la Convención, los informes deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho instrumento internacional, así como contener la suficiente información para que el Comité pueda comprender la aplicación de la Convención en el país informante. Una vez que se haya rendido un informe completo, no será necesario repetir en los sucesivos informes, la información básica presentada anteriormente, pero sí los cambios que se hayan llevado a cabo. De considerarlo necesario, el Comité podrá solicitar información adicional al Estado informante, respecto de la aplicación de la Convención. Los Estados parte deberán dar amplia difusión entre sus nacionales, sobre la Convención, así como sobre los informes rendidos ante el Comité.

El Comité al examinar los informes provenientes de los Estados parte, podrá invitar a los organismos internacionales especializados y demás órganos de las Naciones Unidas que considere pertinentes, para que rindan informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la Convención, comprendidas en el ámbito de sus actividades, o a proporcionar asesoría especializada sobre la aplicación de dichas disposiciones, respecto del Estado cuyo informe se esté examinando. De hecho, los informes rendidos por los Estados, pueden contener solicitudes de asesoramiento o de asistencia técnica, para lo cual, el Comité transmitirá dicho informe a los organismos especializados correspondientes, anexando las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de dichas solicitudes.

La Convención, en el inciso d) del artículo 45, autoriza al Comité para formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en los informes de los Estados parte, mismas que deberá transmitir a dichos Estados y notificarlas a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados. A su vez, el Comité podrá recomendar a la Asamblea General de la ONU, que solicite a su Secretario General, la realización de estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño.

Cabe mencionar brevemente que el Gobierno Mexicano presentó su informe inicial ante el Comité, en enero de 1994, documento que se clasificó con la clave CRC/C/3/Add.11, mismo que fue analizado por el Comité y observado mediante los diversos CRC/C/SR.106 Y SR.107.

El segundo informe periódico del Gobierno Mexicano, se presentó en enero de 1998, identificado con la clave CRC/C/65/Add.6 y enriquecido mediante otro documento denominado "Addendum al Segundo Informe de México sobre la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas", elaborado por la Comisión Intersecretarial para la Atención de los Compromisos Internacionales de México en materia de Derechos Humanos, presentado en septiembre de 1999. En respuesta a lo anterior, en octubre de 1999 el Comité emitió el documento clave CRC/C/15/Add.112, que contiene las consideraciones sobre los reportes presentados por el Gobierno Mexicano, por el que realizó diversas recomendaciones sobre la debida aplicación de la Convención. En la actualidad, se encuentra pendiente de

envío el tercer informe periódico del Gobierno Mexicano, mismo que debió ser remitido en enero de 2003.

2.6. DISPOSICIONES GENERALES

La tercera y última parte de la Convención, establece las disposiciones generales sobre su entrada en vigor, enmiendas, denuncia y cuestiones afines a todos los tratados.

Los artículos del 46 al 49, disponen que la Convención quedará abierta a firma de todos los Estados y que estará sujeta a ratificación de los mismos mediante los instrumentos correspondientes depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas y permanecerá a la adhesión, mediante el mismo procedimiento. Su entrada en vigor se contará a partir del trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumentos de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General.

En el artículo 50 se prevé el procedimiento para que los Estados parte propongan enmiendas a la Convención. El artículo 51 establece los relativo a las reservas que se llegasen a formular, pero es contundente al establecer que no se aceptará ninguna reserva que sea incompatible con el objeto y propósito de la Convención.

Finalmente, los artículos 52 al 54 establecen lo relativo a la denuncia y depósito de la Convención, así como de que los idiomas árabe, chino, español, francés, inglés y ruso en que se formuló su texto, son igualmente auténticos.

Cabe mencionar que la Convención quedó abierta a firma de los Estados el 26 de enero de 1990, día en que firmaron 61 países.⁷ Entró en vigor el día 2 de septiembre de 1990, un mes después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación y siete meses después de haber sido abierto a firma de los Estados. En la actualidad, solamente dos países no la han ratificado: Estados Unidos y Somalia.

⁷ Cfr. Álvarez Vélez, Ma. Isabel, comp. *Derechos del Niño*. Op. Cit. pg. 3.

CAPÍTULO 3

Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en la Legislación Federal Mexicana

3.1. INTRODUCCIÓN

Una vez conocidos algunos aspectos del marco teórico relacionado con la infancia, así como de las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en este capítulo nos ocuparemos de hacer un análisis sobre la aplicación de dicho tratado, en la legislación federal mexicana, en razón del tipo de derechos protegidos, al igual que en el capítulo anterior.¹

Es pertinente conocer cómo se regulaba lo que hoy conocemos como derechos de la infancia en la legislación constitucional y federal en el periodo comprendido entre la segunda década del siglo XX y el año de 1990, fecha en que entró en vigor la Convención, a efecto de tener un punto de comparación sobre la nueva concepción que trajo consigo dicho instrumento internacional.

Posteriormente y de una manera muy breve, repasaremos la forma en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula la incorporación del Derecho Internacional en el Derecho Interno, a efecto de aclarar la posición jerárquica que mantiene la Convención con relación a las demás normas que integran el marco jurídico mexicano.

¹ Recordemos que para los efectos de este trabajo hemos considerado conveniente adoptar el criterio según el cual los derechos pueden clasificarse en derechos de provisión, protección y participación.

Finalmente, revisaremos las leyes federales que presentan mayor relevancia y relación con las disposiciones contenidas en la Convención, así como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entre las mencionadas leyes se encuentran la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y otros cuerpos normativos que si bien no son específicos en cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sí regulan de manera general algunos aspectos que impactan directamente en el nuevo derecho de la infancia.

Todo lo anterior constituirá una base para elaborar un balance crítico, en el que podamos comparar los ordenamientos federales con la Convención objeto del presente estudio y analizar el grado de congruencia entre aquéllos y ésta, lo que al final de cuentas supone conocer hasta qué punto el Poder Legislativo Federal se ha comprometido en incorporar el texto y el espíritu de la Convención al Derecho Interno mexicano.

Es preciso señalar que los denominados derechos de participación no serán analizados. El motivo de la exclusión es doble. Por una parte, ésta se debe a que los derechos de ese tipo no estaban contemplados por la legislación anterior a la entrada en vigor de la Convención. Por otra parte, en la actualidad tales derechos sólo se encuentran contemplados en la ley de la materia, y su regulación es similar a la desarrollada en la Convención, cuyo contenido ya fue analizado en el capítulo anterior, motivo por el cual, consideramos conveniente omitir su estudio en el presente capítulo. Es

pertinente mencionar que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los asuntos de su incumbencia deben estar regulados en los códigos procesales del fuero local, mismos que están fuera del alcance del presente estudio.

Se impone una segunda advertencia con respecto a los derechos de protección. El tema de la protección de los niños y las niñas refugiados será igualmente omitido debido a que la legislación federal no hace ninguna distinción entre ellos y los adultos. De igual modo, el tema de reclutamiento militar tampoco será abordado, ya que tanto la Ley del Servicio Militar, como la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos han señalado la edad de 18 años para el ingreso al Ejército.

3.2. RÉGIMEN PRE-EXISTENTE A LA CONVENCION

3.2.1. DERECHOS DE PROVISION

3.2.1.1. DERECHO A LA VIDA

El derecho a la vida no se encontraba definido ni declarado en precepto legal alguno como tal, sino que de manera indirecta se establecía en el artículo 22 del entonces Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal,² que el individuo entraba

² Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

bajo la protección de la ley, desde el momento en que era concebido. Por su parte, el artículo 337 del mismo ordenamiento legal ha establecido que para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.

La privación de la vida a un niño dentro de las 72 horas posteriores de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes directos, estaba tipificado en el Código Penal de 1931, como infanticidio y sancionado con una pena de seis a diez años de prisión, con atenuante para la madre que cometiere el delito, si no tenía mala fama, si había ocultado el embarazo, si el nacimiento también había sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil y si el niño no era legítimo.³ La privación de la vida de un niño que superaba las 72 horas, era ya considerado como homicidio simple.

3.2.1.2. DERECHO A LA IDENTIDAD

Como se ha mencionado con anterioridad,⁴ el derecho a la identidad comprende el de poseer un nombre y una nacionalidad, de los cuales el segundo de ellos se encuentra contemplado en el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁵ mismo que en su origen establecía que la nacionalidad mexicana por nacimiento la poseían aquellos hijos de

³ Artículos 225, 226 y 227 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación Núm. 39 del Tomo LXVII, Sección Tercera, de 14 de agosto de 1931.

⁴ Ver Supra 2.4.1.2.

⁵ Publicada el 5 de febrero de 1917, en el Diario Oficial de la Federación No. 30, Tomo V.

padres mexicanos, nacidos dentro o fuera de la República, siempre que en este último caso los padres fueran mexicanos por nacimiento, así como los que nacieran en la República de padres extranjeros, si dentro del año siguiente a su mayoría de edad manifestaban ante la Secretaría de Relaciones Exteriores que optaban por la nacionalidad mexicana y comprobaban ante esa Dependencia que habían residido en el país los últimos seis años anteriores a dicha manifestación.

Mediante reforma constitucional de 1934⁶ se estableció que son mexicanos, aquellos nacidos en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; los nacidos en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano y madre extranjera, o de madre mexicana y padre desconocido, así como a los nacidos a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

La Ley de Nacionalidad y Naturalización⁷ reglamentaba el contenido del artículo 31 antes mencionado y a su vez establecía la presunción legal de que todo niño expósito hallado en territorio mexicano había nacido en éste, disposición que se ha mantenido en las posteriores Leyes de Nacionalidad, de 1993 y 1998.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, mismo que regula

⁶ Decreto de reformas al artículo 31 constitucional, publicado en el Diario Oficial de la Federación No. 15, Tomo LXXXII, de fecha 18 de enero de 1934.

⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 1934.

todo lo relativo al Registro Civil, ha establecido que en las actas de nacimiento, se debe asentar oficialmente tanto el nombre, como la nacionalidad del registrado y dispone en su artículo 55 la obligación de declarar el nacimiento del niño. En caso de que los obligados no lo hicieren, dentro de los términos establecidos por el propio Código, el artículo 56 apercibía con la imposición de una multa, disposición que fue derogada mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de enero de 1979.

Cabe mencionar que el Código Civil, salvo algunas reformas en las que se ha omitido la obligación de hacer constar ciertas circunstancias del nacimiento, ha permitido una clasificación de los hijos, al determinar diferencias entre el registro de hijos de matrimonio o hijos nacidos fuera de él, hijos de padres desconocidos, hijos incestuosos e hijos adulterinos. Está claro que dicha clasificación, lejos de proteger el derecho a la identidad del recién nacido, la menoscaba para proteger la moral de las buenas conciencias y el interés de los adultos, principalmente de los varones, como se verá a continuación.

Efectivamente, en el caso de hijos de matrimonio, además de los datos que debe contener toda acta de nacimiento, es decir, los relativos al día, lugar y hora de nacimiento, sexo, nombre y apellidos que lleve el recién nacido, deben asentarse los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, así como los nombres y domicilios de los abuelos y de la persona que hubiere hecho la presentación, según los artículos 58 y 59 del Código Civil mencionado.

En el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la mujer está obligada a reconocer a su hijo, en caso contrario, se debe asentar que es hijo

de madre desconocida, pero se debe investigar la maternidad ante los tribunales, según el artículo 60 de la ley de la materia. En cambio, esa misma disposición establece que para que se haga constar el nombre del padre, es necesario que así lo pida éste, por sí o por apoderado especial. Cabe mencionar que antes de la reforma de 1979,⁸ se debía hacer constar si se trataba del registro de un hijo natural y, en el caso de las actas de reconocimiento se suprimió esa obligación, mediante reforma publicada el 17 de enero de 1970, en consecuencia, únicamente se asentarían los apellidos de los progenitores o ambos apellidos del progenitor que declarare el nacimiento o realizara el reconocimiento.

En efecto, antes de la reforma mencionada, el reconocimiento de un hijo natural podía realizarse en la partida de nacimiento, con expresión de ser hijo natural,⁹ o con posterioridad al registro de su nacimiento, mediante acta por separado, con mención del acta de nacimiento, supuesto en el cual, si el hijo era menor de edad pero mayor de catorce años, debía dar su consentimiento, de conformidad con los artículos 78 y 82 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.

Si el niño o niña se presenta como hijo(a) de padres desconocidos, el entonces denominado Oficial del Registro Civil, ahora Juez del Registro Civil, debe hacer constar dicha situación y dispone su nombre y apellidos, así como

⁸ Publicada en el Diario Oficial el día 3 de enero de 1979.

⁹ Artículo 77 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928.

la edad aparente del(de la) presentado(a), su sexo y la casa de expósitos que se encargará de su persona, de conformidad con los artículos 58 y 67 del Código Civil, además se considera a dicho(a) niño(a) de nacionalidad mexicana, por presunción legal establecida en dicho código.

En el caso de los hijos adulterinos, el artículo 62 establece la posibilidad de asentar el nombre del padre casado o soltero, si así lo pidiere, pero no se debe asentar el nombre de la madre si está casada y vive con su esposo, a menos que éste haya desconocido al hijo y así se hubiese declarado mediante sentencia ejecutoriada. Por su parte, el artículo 64 del Código Civil, desde su origen, sí preveía la posibilidad de registrar a los hijos incestuosos, sin declarar dicha circunstancia.

Cabe mencionar que mediante decreto de 30 de diciembre de 1975 se determinó la organización de una Procuraduría de la Defensa del Menor, a cargo del entonces Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia, con facultades de asistencia jurídica, especialmente relativas a la regularización e inscripción de los actos o hechos inherentes al Registro Civil.

Otro acto importante para la promoción del registro de recién nacidos, fue el Convenio de Coordinación para efectuar el registro de recién nacidos en las clínicas y hospitales del Sector Salud en el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1987, suscrito por las secretarías de Gobernación, de la Contraloría General de la Federación, de Salud, así como el Departamento del Distrito Federal, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, el Sistema para el

Desarrollo Integral de la Familia y el Instituto Mexicano del Seguro Social, con el objeto de levantar actas de los recién nacidos en las clínicas y hospitales del Sector Salud en el Distrito Federal.

Desde un punto de vista penal, las sanciones determinadas para los delitos contra el estado civil, han sido de uno a seis años de prisión y multa de 100 a 1000 pesos y consisten en lo siguiente: 1) atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre; 2) hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado; 3) no presentar a un hijo, al Registro, con el propósito de hacerle perder su estado civil, o declarar falsamente su fallecimiento, o presentarlo ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas; 4) sustituir a un niño por otro, o cometer ocultación de infante, y 5) usurpar el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.¹⁰

3.2.1.3. DERECHO A CRECER DENTRO DEL AMBIENTE FAMILIAR

En cuanto al derecho que tienen actualmente los niños y niñas, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, no se encontraba declarado en la legislación anterior a la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, salvo lo dispuesto en el Código Civil de 1928 sobre Paternidad y Filiación, en cuyas disposiciones, al igual que las relativas al registro civil, se ha distinguido entre los hijos nacidos dentro de matrimonio y los

¹⁰ Artículo 277 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación No. 39 del Tomo LXVII, Sección Tercera, de 14 de agosto de 1931.

hijos nacidos fuera de él, por lo que al parecer, el bien jurídico protegido lo constituye el honor del progenitor y en el caso de una mujer casada, el honor de ésta y su marido.

En efecto, el Título Séptimo, del Libro Primero del mencionado Código, ha establecido reglas para la determinación de quiénes se consideran hijos de matrimonio (artículo 324), los casos en que el marido puede desconocer a los hijos no nacidos dentro de las reglas establecidas para dicha consideración (artículo 328), las pruebas que acreditan la filiación de los hijos, entre las que figura el acta de matrimonio de los progenitores, con el objeto de probar que son nacidos dentro de matrimonio (artículo 340) y, en el supuesto de que se carezca de acta de matrimonio, se determinan reglas para reconocer la posesión de estado de hijo nacido dentro de dicho régimen, siempre que se reúnan los requisitos establecidos en el propio Código, referentes a la acreditación del nombre, trato y fama (artículo 343); en su defecto, las reglas de la "legitimación", permiten que con la celebración del matrimonio posterior al nacimiento del niño y con reconocimiento expreso de los progenitores, se le considere como nacido dentro de matrimonio.

Asimismo, la filiación se puede determinar con el "reconocimiento", cuyos efectos son: la adquisición de los derechos sucesorios, posesión del apellido de los progenitores o ambos apellidos de quien lo reconoció y la percepción de alimentos (artículo 389). El reconocimiento lo realizan los progenitores de manera conjunta o separada y en el supuesto en que los progenitores no vivan

juntos, se debe determinar quién de ellos mantendrá la custodia del "reconocido"¹¹.

También existe la posibilidad, para el padre exclusivamente, de "no reconocer" a su hijo; tiene derecho a que no se asiente su nombre en el acta de nacimiento y a que no se investigue sobre la paternidad, salvo los casos limitativamente señalados en el artículo 382 del propio código; en cambio, la maternidad puede investigarse con amplia libertad ante los tribunales (artículos 60, segundo párrafo y 385). Sorprendentemente, una mujer casada no podía reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio, sin el consentimiento de su marido, salvo sentencia ejecutoriada que así lo permitiere (artículo 372). Ya con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 31 de diciembre de 1974, se estableció que el cónyuge puede reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste.

3.2.1.4. DERECHO A GOZAR DE UN NIVEL DE VIDA ADECUADO PARA SU DESARROLLO

Una vez determinada la filiación, o el derecho a conocer a los progenitores, es pertinente analizar las potestades, deberes u obligaciones que nacen de dicho vínculo, como lo son la patria potestad, los alimentos y el

¹¹ Artículo 380 del Código Civil, mismo que establecía que en el supuesto de reconocimiento de hijos por parte de padre y madre que no vivían juntos, se debía definir quién de ellos ejercería la patria potestad, facultad que fue modificada por la de custodia, mediante la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de marzo de 1971.

sostenimiento del hogar, entre otros, dispuestos por el Código Civil y que regularían lo que actualmente la Convención denomina “derecho a crecer dentro del ambiente familiar y a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo”.

El Código Civil de 1928 establecía que el “marido y la mujer” tenían autoridad y consideraciones iguales en el hogar, por lo que de común acuerdo arreglarían todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, así como a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan,¹² sin embargo, también establecía tareas concretas para cada uno de ellos: el marido debía dar alimentos a la mujer y hacer los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar (artículo 164) y la mujer estaba encargada de la dirección y cuidado de los trabajos del hogar (artículo 168), disposiciones reformadas en el año de 1974.¹³ En congruencia con las nuevas disposiciones de equidad dentro del matrimonio, el artículo 164 también fue reformado en 1974, con el fin de establecer que ambos cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga

¹² Artículo 167 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928, mismo que fue derogado mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 31 de diciembre de 1974 y cuyo texto se incorporó al artículo 168.

¹³ Decreto de Reformas y Adiciones a diversos artículos de la Ley General de Población, Ley de Nacionalidad y Naturalización, Ley Federal del Trabajo, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Código de Comercio. Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de diciembre de 1974, pg. 6.

en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades.

La reforma arriba citada, obedece a la modificación del artículo cuarto constitucional,¹⁴ en el que se estableció lo siguiente: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta 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”, disposición transcrita en el artículo 162 del Código Civil modificado en esa misma fecha.

Cabe mencionar brevemente que mediante decreto de fecha 24 de octubre de 1974, se reestructuró la organización del Instituto Nacional de Protección a la Infancia y se ampliaron tanto el objeto como las funciones de dicho organismo, toda vez que ya no se encargaría sólo de la entrega de desayunos escolares, sino que también tendría por objeto el fomentar la integración del bienestar familiar, la formación educativa extraescolar y preescolar descentralizadas, el sano crecimiento físico y mental de la niñez, el desarrollo de la comunidad, así como de prestar servicios asistenciales complementarios, a través de actividades educativas, culturales, cívicas, deportivas, recreativas, nutricionales, médicas, de investigación, de asistencia social y jurídica.¹⁵

¹⁴ Decreto que Reforma y Adiciona los Artículos 4º, 5º, 30 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Igualdad Jurídica de la Mujer. Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de diciembre de 1974, pg. 2.

¹⁵ En sus inicios, el Instituto Nacional de Protección a la Infancia, creado por el Presidente Adolfo López Mateos, mediante Decreto de fecha 31 de enero de 1961, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 1 de febrero del mismo año, tenía el objeto de suministrar desayunos a los alumnos de las escuelas primarias y preprimarias del Distrito Federal, cuya situación económica lo ameritara, servicio que

Ahora bien, una de las obligaciones principales derivadas de la filiación y necesarias para el adecuado desarrollo de los niños, es la de suministrar “alimentos”, mismos que según el artículo 308 del Código Civil, comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad y, respecto de los menores de edad, incluyen los gastos necesarios para su educación primaria y, para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. Obviamente, los responsables de esta obligación, son en primer término, los padres de los niños (artículo 303) y sólo a falta o por imposibilidad de éstos, la responsabilidad recae en los parientes más próximos, según las reglas del parentesco (artículos 303 y 305).

Es pertinente resaltar que desde sus orígenes, el derecho a percibir alimentos, se ha considerado como un derecho subjetivo, susceptible de ser ejercido ante los tribunales, los cuales deben hacer que los responsables de los alimentistas cumplan con su obligación, misma que puede ser satisfecha mediante el otorgamiento de una pensión alimenticia o la incorporación del acreedor alimenticio en el hogar del deudor, con respeto a las disposiciones establecidas para ello, en el propio Código Civil.

De hecho, la privación de recursos para atender las necesidades de subsistencia de los hijos es considerado como abandono de personas, por el artículo 336 del Código Penal de 1931 y sancionado con pena de 1 mes a 5

extendería a las demás entidades de la República en los términos de los convenios de cooperación que al efecto celebraría con los Gobiernos locales.

años de prisión, privación de los derechos de familia y pago de las cantidades no suministradas, como reparación del daño. En 1984, se adicionó el artículo 336 bis al Código Penal, para sancionar a quienes intencionalmente se coloquen en situación de insolvencia, con prisión de 6 meses a 3 años.

Llama la atención el hecho de que antes de la entrada en vigor de la Convención, el Estado Mexicano no tenía firmado tratado alguno relacionado con el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, a pesar de que ya existía la Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, adoptada el 20 de junio de 1956; así como la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, del 15 de julio de 1989.

Por otra parte, conviene distinguir claramente, lo que es la obligación de suministrar alimentos, y lo que son los deberes y facultades derivados de la patria potestad;¹⁶ ésta última se ejerce sobre la persona y bienes de los niños y sólo la pueden ejercer los padres o los abuelos, en el orden establecido por el Código Civil; puede llegar a perderse, suspenderse o excusarse de su ejercicio, por parte de los responsables, en algún momento dado. A diferencia de lo anterior, los obligados a proporcionar alimentos pueden ser los parientes hasta el tercer y cuarto grado y no cesa dicho deber, con excepción de los supuestos legalmente establecidos, aun y cuando sí se haya perdido la patria potestad (artículo 285).

¹⁶ Ver Supra 1.4.2.9.

Cabe aclarar que el artículo 413 del Código Civil establece cierta limitación a la patria potestad en cuanto a la guarda y educación de los niños, ya que la sujeta a las modalidades establecidas por la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal¹⁷, puesto que el entonces Tribunal Administrativo para Menores, estaba facultado para intervenir en los casos de delincuencia infantil. Sin embargo, no deja de llamar la atención el hecho de que el artículo 413 mencionado, no haya sido modificado aun y cuando la ley administrativa a la que remite, fue abrogada en 1941.

Finalmente, en cuanto a los deberes de los hijos, el Código Civil de 1928 señalaba dos: 1) el de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes (artículo 411); y 2) el de no abandonar la casa del que ejerce sobre él la patria potestad, sin su autorización o la de autoridad competente para ello (artículo 421). El artículo 411 fue modificado mediante reforma publicada en 1997, a efecto de establecer el respeto y consideración mutuos, entre ascendientes y descendientes, cualquiera que sea su estado, edad y condición. El segundo de los artículos mencionados, permanece vigente.

¹⁷ Expedida el 30 de marzo de 1928, por Plutarco Elías Calles, Presidente Constitucional de la República (autorizado por el Congreso de la Unión para reformar los Códigos Civil, Penal y de Procedimientos Penales) y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 21 de junio de 1928. Entró en vigor el primero de octubre de 1928. Estuvo regulada por el Código de Procedimientos Penales y posteriormente por los reglamentos de 1932 y de 1934. La Edad Penal era de 15 años.

3.2.1.5. DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

3.2.1.5.1. DERECHO A LA EDUCACIÓN

El artículo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, originalmente estableció la libertad de enseñanza, misma que debía ser laica. Ninguna corporación religiosa podía establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria. Ésta podría ser impartida por particulares, siempre y cuando se sujetaran a la vigilancia oficial. La enseñanza que estuviera a cargo de establecimientos oficiales sería gratuita. Por su parte, el artículo 31, fracción I, de dicha norma suprema determinaba como obligación de los mexicanos hacer que sus hijos menores de 15 años concurrieran a las escuelas públicas o privadas para obtener la educación primaria elemental y militar.¹⁸

Mediante reforma al artículo tercero constitucional, publicada el 13 de diciembre de 1934, se estableció que la educación impartida por el Estado sería socialista, que permitiera crear en la juventud un concepto racional y exacto del universo y de la vida social. Se reiteró la exclusión de toda doctrina religiosa en la escuela. Sólo el Estado impartiría educación primaria, secundaria y normal y los particulares podrían hacerlo, de acuerdo con los lineamientos establecidos en el propio artículo tercero y a través de autorizaciones, mismas que podían ser revocadas en cualquier tiempo, sin que

¹⁸ Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808-1994*. 18ª. Edic. Edit. Porrúa, México, D.F. 1994. pg. 835.

procediera recurso alguno, además de que también el Estado podía retirar discrecionalmente el reconocimiento de validez oficial a estudios hechos en planteles particulares. Se estableció la obligatoriedad de la educación primaria y la gratuidad de ésta, cuando fuera impartida por el Estado quien a su vez, tendría a su cargo la formación de los planes, programas y métodos de enseñanza.

Con esa misma fecha se modificó la fracción XXV del artículo 73 constitucional, a efecto de otorgar facultades al Congreso de la Unión, para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, con objeto de unificar y coordinar la educación en toda la República. En consecuencia, el Congreso de la Unión expidió la primera "Ley Orgánica de Educación Pública, Reglamentaria de los artículos 3º, 27 fracción III, 31 fracción I, 73 fracciones X y XXV y 123 fracción XII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".¹⁹

La nueva ley, de observancia en toda la República, desarrollaba las disposiciones contenidas en el artículo tercero constitucional, en cuanto a las bases generales que perseguía la educación socialista, la autorización a particulares y el reconocimiento de los estudios impartidos por éstos, con exclusión de corporaciones religiosas, así como los objetivos y contenidos

¹⁹ Publicada en el diario Oficial de la Federación No. 29, Tomo CXVII de fecha 3 de febrero de 1940.

mínimos a seguir para cada uno de los niveles de enseñanza, a decir, preescolar, primaria, primaria relativa al artículo 123 constitucional, secundaria, educación normal o de preparación para maestros, vocacional, educación superior, técnica o profesional.

Se daba prioridad a la alfabetización y la enseñanza de la lengua nacional en comunidades indígenas y sentaba las bases de coordinación de los servicios educativos entre la Federación, los Estados y los Municipios. Dicha ley fue abrogada por la Ley Orgánica de la Educación Pública, reglamentaria de los artículos 3º, 31 fracción I, 73 fracciones X y XXV y 123 fracción XII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 31 de diciembre de 1941, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1942, con disposiciones muy similares a la anterior, pero con un corte menos socialista.

El artículo tercero constitucional sufrió una nueva reforma publicada el 31 de diciembre de 1946, en la que se estableció que la educación impartida por el Estado, tendería a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano, se fomentaría el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.²⁰ Se reiteró la obligatoriedad de la educación primaria y la gratuidad de aquella impartida por el Estado, así como que la educación debía ser laica y basada en los resultados del progreso

²⁰ Recordemos que con fecha 7 de noviembre de 1945 el Senado de la República ratificó la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que establece propósitos similares a los declarados en el artículo tercero constitucional. Cfr. Tapia Hernández, Silverio, comp. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Ratificados por México. Op. cit. pgs. 473 y 474.

científico, orientada por un criterio democrático, nacional y que contribuyera a la mejor convivencia humana, que sustentara los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres y evitara los privilegios de razas, de sectas, de grupos, de sexos o de individuos.

Continuó el requisito de la autorización expresa del Estado, a efecto de que los particulares impartieran educación, así como la prohibición de cualquier injerencia de corporaciones religiosas en ella. El 27 de noviembre de 1973 se expidió la Ley Federal de Educación,²¹ que abrogó la de 1942 y se ajustó a las disposiciones del artículo tercero constitucional reformado.

Con fecha 9 de junio de 1980 se adicionó una fracción al artículo tercero constitucional, a efecto de establecer lineamientos a seguir por las universidades e instituciones de educación superior, a las que la ley otorgara autonomía.

3.2.1.5.2. DERECHO A LA SALUD

En materia de salud, la legislación federal ha evolucionado, ya que en sus inicios, el Código Sanitario del 6 de marzo de 1926 sólo facultaba a las autoridades sanitarias para establecer medidas de higiene prenatal, infantil y preescolar, así como de educación y propaganda higiénica. El primero de febrero de 1943, se creó el Instituto Mexicano del Seguro Social con el objeto de ofrecer servicios de pensiones y de salud a los trabajadores de la economía

²¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación No. 20, de fecha 29 de noviembre de 1973.

formal de aquella época, prioritariamente. El 15 de octubre de 1943, se creó la Secretaría de Salubridad y Asistencia que, como su nombre lo indica, tenía implícita una concepción asistencialista y habría de atender principalmente a los mexicanos de escasos recursos. En 1959 se creó el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, mismo que desde su origen, hasta hoy en día ofrece cobertura en salud pero únicamente para los trabajadores al servicio del Estado y sus beneficiarios.

Como puede observarse de lo anterior, es oportuno aclarar que nuestro sistema de salud nació dividido, es decir, separó la población entre aquellos que tenían derechos sociales perfectamente definidos a los que llamó "derechohabientes"; y aquellos que eran sujetos de la acción asistencial del Estado, que eventualmente se les denominó población abierta.

En 1949, el nuevo Código Sanitario estableció que los procedimientos y prácticas de higiene social e individual en materia de alimentación, habitación, saneamiento y preparación del público, para la lucha contra los brotes epidémicos y males endémicos, serían divulgados por la entonces Secretaría de Salubridad y Asistencia, misma que implementaría como medidas para fomentar la higiene infantil, las siguientes: 1) expedición de certificados médicos prenupciales; 2) vigilancia durante el embarazo; 3) educación sobre alimentación e higiene del recién nacido; 4) prevención de enfermedades infantiles, principalmente mediante vacunación, y 5) examen médico, previo a la inscripción escolar.

Con el Código Sanitario publicado el 29 de diciembre de 1954, se estableció la obligatoriedad de la vacunación contra enfermedades que estimara la Secretaría de Salubridad y Asistencia, cuya constancia sería requisito previo al registro civil del nacimiento. En materia de higiene infantil, además de lo que ya se ejecutaba, se atribuyó a las autoridades sanitarias la formulación de reglamentos y normas técnicas con relación a higiene preconcepcional, prenatal, materna, infantil, escolar, de la adolescencia y del adulto.

El 26 de febrero de 1973 se publicó un nuevo Código Sanitario que enlistaba las actividades que serían materia de la salubridad general y estableció la obligación de formular programas de promoción y mejoramiento de la salud, con atención preferente a la educación para la salud, que contemplara cuestiones relativas a la prevención de enfermedades, asistencia médica y rehabilitación materno-infantil, salud mental, mejoramiento del ambiente, nutrición, accidentes, responsabilidad y planeación familiar, entre otros.

Finalmente, el 30 de diciembre de 1983 se expidió la Ley General de Salud, reglamentaria del artículo cuarto constitucional,²² misma que permanece vigente en la actualidad. En ella, se establece el derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea para los habitantes que lo requieran y se determinan las bases y modalidades para el acceso a los

²² Publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 7 de febrero de 1984, entró en vigor el primero de julio de ese mismo año.

servicios de salud, con interés particular hacia los denominados grupos vulnerables, entre los que obviamente se encuentran los niños y las niñas.

Se determina que son materia de salubridad general y que se consideran servicios básicos de salud, los referentes a:

- la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias;²³
- la atención materno-infantil;
- la prestación de servicios de planificación familiar;
- la asistencia social a los grupos más vulnerables;
- la salud mental;
- la educación para la salud;
- la orientación y vigilancia en materia de mejoramiento de la nutrición;
- la prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre; y

²³ El artículo 33 de la Ley General de Salud, define a las actividades preventivas, como aquellas que incluyen las de promoción general y las de protección específica; las curativas, como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y las de rehabilitación, como aquellas que incluyen acciones tendientes a corregir las invalideces físicas o mentales.

- la prevención y el control de enfermedades transmisibles de atención prioritaria, de las no transmisibles más frecuentes y de los accidentes, entre otros.

Los servicios de atención materno-infantil comprenden los de atender a la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio; la atención del niño y la vigilancia de su crecimiento y desarrollo, lo que implica la vacunación oportuna, y la promoción de la integración y bienestar familiar;²⁴ de hecho, se establece la corresponsabilidad y el fomento a la participación de la familia en la atención de los usuarios. Asimismo, en cuanto a la planificación familiar, misma que se concibe como el medio para el ejercicio del derecho a decidir libremente sobre el número de hijos deseados, se prevé el establecimiento de medidas tendientes a la educación, asesoría, atención y vigilancia en dicha materia, así como en educación sexual.

Como medidas que promuevan el mejoramiento de la nutrición, se establece la obligación de elaborar programas,²⁵ así como de normar tanto el establecimiento, operación y evaluación de los servicios de nutrición, como el valor nutritivo y características de la nutrición en establecimientos de servicios colectivos, entre otros. Cabe mencionar que a pesar de que la legislación no ordena el suministro de alimentos nutritivos, éste puede llevarse a cabo mediante programas de apoyo, tal como acontece con el relativo a desayunos

²⁴ Artículo 61 de la Ley General de Salud.

²⁵ Artículo 114 de la Ley General de Salud.

escolares entregados por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

En efecto, con el fin de crear, conservar y mejorar las condiciones de salud en la población, la Ley General de Salud establece disposiciones en materia de promoción, es decir, a través de programas, se debe orientar y capacitar a la población, preferentemente en materia de nutrición, salud mental, salud bucal, educación sexual, planificación familiar, riesgos de la automedicación, prevención de la farmacodependencia, salud ocupacional, uso adecuado de los servicios de salud, prevención de accidentes, prevención y rehabilitación de invalidez y detección oportuna de enfermedades.²⁶

Por lo que respecta a la prevención, control y erradicación de enfermedades, la ley otorga facultades a la autoridad sanitaria para normar lo conducente, así como para elaborar programas con ese objetivo. A su vez, establece medidas concretas que se deben tomar en caso de detección de enfermedades tanto transmisibles, como no transmisibles. Se prevé la conformación del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica, así como la vacunación obligatoria contra la tosferina, difteria, tétanos, tuberculosis, poliomielitis y sarampión, además de las que establezca la propia autoridad.²⁷

En cuanto a la reducción de la mortalidad infantil, le ley prevé, además de las acciones antes mencionadas, la organización institucional de comités de

²⁶ Artículo 112 de la Ley General de Salud.

²⁷ Artículo 134 de la Ley General de Salud.

prevención de la mortalidad materna e infantil a efecto de conocer, sistematizar y evaluar el problema y adoptar las medidas conducentes.

3.2.1.5.3. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El derecho a la seguridad social, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la salud, ya que primordialmente son las instituciones de salud mencionadas en el apartado anterior (Instituto Mexicano del Seguro Social, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, Secretaría de Salud), las que desarrollan acciones de seguridad social, determinadas por las relaciones de carácter obrero patronal.

En efecto, como consecuencia de la relación laboral entre un patrón y un menor de edad dentro de los límites permitidos legalmente,²⁸ éste, como derechohabiente tiene derecho a las prestaciones económicas y en especie contempladas en la ley. La primera Ley del Seguro Social fue promulgada el 31 de diciembre de 1942 y publicada el 19 de enero del año siguiente, misma que comprendía los siguientes seguros: 1) accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; 2) enfermedades no profesionales y maternidad; 3) invalidez, vejez y muerte, y 4) cesantía involuntaria en edad avanzada.

Ahora bien, en caso de que no fueran trabajadores, tendrían derecho a las prestaciones económicas o en especie, contempladas en la Ley del Seguro Social mencionada, en razón de ser beneficiarios del derechohabiente, ya sea el padre, la madre, los abuelos o los cónyuges, como es el caso del derecho a

²⁸ Ver *Infra* 3.2.2.5.1.

recibir una pensión en caso de muerte del asegurado, a favor de los hijos que quedaron huérfanos, menores de 16 años o mayores de esa edad si estuvieran incapacitados, conforme a los requisitos y lineamientos establecidos en la propia ley.

Una de las prestaciones relacionadas con el tema que nos ocupa, es el seguro de guarderías para los hijos de los asegurados, mismo que incluye el aseo, la alimentación, el cuidado de la salud, la educación y la recreación de los niños. Este seguro se estableció por vez primera, junto con las prestaciones señaladas en el párrafo anterior, en la Ley del Seguro Social promulgada el 26 de febrero de 1973 y publicada el 12 de marzo del mismo año. Dicho seguro se estableció con el propósito de cubrir el riesgo de no poder proporcionar cuidados maternos durante la jornada de trabajo a los hijos en primera infancia, es decir, de cuarenta y tres días, hasta los cuatro años. Se proporcionaba únicamente para las madres trabajadoras dentro de su jornada de trabajo.

3.2.2. DERECHOS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN

3.2.2.1. PROTECCIÓN CONTRA EL MALTRATO AL INTERIOR DE LA FAMILIA

Se ha dicho que la familia es el lugar donde idealmente los niños pueden y deben crecer, siempre y cuando ello no contravenga su interés superior, es decir, que no se cometan agresiones tanto físicas como psicológicas en contra de ellos, por parte de los responsables de su cuidado, situación que

normativamente ha evolucionado, desde una legislación que era omisa ante ciertas conductas de violencia, hasta aquella que las define y las prohíbe.

Anteriormente, el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928, establecía que los que tenían la patria potestad sobre los niños, estaban obligados a educarlos “convenientemente” y para ello, les otorgaba la facultad de corregirlos y castigarlos mesuradamente e incluso, en caso de ser necesario, las autoridades podían hacer uso de amonestaciones y correctivos para los niños, en auxilio de la autoridad paterna (artículo 423), disposición que fue modificada en el año de 1974, a efecto de suprimir la facultad de castigar y en su lugar, se dispuso la obligación de dar buen ejemplo a los niños a cargo de quienes ejercen la patria potestad.

El código antes citado también determinaba y lo hace en la actualidad, que cuando se comprometía la salud, seguridad o moralidad de los hijos, por las costumbres depravadas de los padres, maltratos, abandono de sus deberes o de los hijos mismos, aun y cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción penal, se pierde la patria potestad (artículo 444, fracción III),²⁹ pero antes no se establecía medida de protección alguna para los niños. De hecho, al disponer el artículo 424 que el hijo no puede comparecer en juicio sin consentimiento del o de los que ejercen la patria potestad, limita las posibilidades de ser protegido contra los abusos cometidos al interior de la familia.

²⁹ A su vez, los artículos 267 fracción V y 270 del Código Civil Federal establecen como causal de divorcio, los actos inmorales cometidos por el padre o la madre, con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

En materia penal, el Código de 1931 establecía que las lesiones cometidas en contra de los hijos, en ejercicio de la facultad de corrección, no eran consideradas como delito.³⁰ En cambio, los artículos 201, 202, 203, 207 y 208 del citado Código Penal sancionaba a los padres o tutores que permitieran o consintieran que otros cometieran el delito de corrupción de menores o lenocinio y si era cometido por ellos mismos, se incrementaba la pena.³¹

3.2.2.2. PROTECCIÓN EN CASO DE SEPARACIÓN FAMILIAR

Existen diversas causas por las que un niño o una niña puede estar separado(a) de su familia, como son, entre otras, la determinación judicial en caso de maltrato, divorcio, pérdida de la patria potestad o encarcelamiento de la persona que la ejerce. Ante este tipo de situaciones, la legislación ha establecido diferentes formas de tratamiento a los niños o niñas, aunque de manera insuficiente.

En casos de divorcio, el juez del conocimiento debía determinar la situación de los hijos, es decir, los derechos y obligaciones de quienes ejercen la patria potestad; así como la pérdida, suspensión o limitación de la misma, lo

³⁰ La Dra. Carmen García Mendieta, al comentar el artículo 423 del Código Civil, señala que "hasta las reformas de 1983, el CP declaraba como no punibles a las lesiones inferidas en uso de la facultad de corregir, siempre que tardasen en sanar menos de quince días y no se abusare del derecho por parte de quien ejerciese la patria potestad. Actualmente, el a. 295 CP castiga al que en ejercicio de la patria potestad infera lesiones a un menor, y le impone –además– la suspensión o privación de ese ejercicio". Cfr. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado. Libro Primero. De las Personas. Tomo I. 5ª. Edic. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Miguel Angel Porrúa, Grupo Editorial. México, D.F., 1998, pg. 289.

³¹ Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación Núm. 39 del Tomo LXVII, Sección Tercera, de 14 de agosto de 1931.

relativo a los alimentos, el cuidado y la custodia de los niños. Al efecto, el juez tenía amplias facultades, sin embargo, el artículo 283 del Código Civil establecía de manera taxativa, los supuestos a los que éste debía ceñirse, hasta el año de 1983 en que fue modificado dicho precepto legal.³² Como es de suponerse, los niños no tenían derecho alguno a ser escuchados dentro del procedimiento judicial.

Por ejemplo, en ciertos casos, el cónyuge inocente se quedaba con la patria potestad y si los dos cónyuges eran culpables, la patria potestad se determinaba a favor del ascendiente correspondiente o en su defecto, se designaba un tutor. Cuando muriera el cónyuge que hubiera conservado la patria potestad, el otro la recobraría. En casos de divorcio por enfermedades contagiosas o incurables, los hijos se quedaban "en poder" del cónyuge sano, pero el enfermo conservaba derechos sobre la persona y bienes del hijo.

Cabe mencionar que también se otorgaban facultades al juez para decretar a petición de los parientes, cualquier providencia benéfica para los hijos, antes de decidir definitivamente sobre la patria potestad (artículo 284), misma que aun decretada su pérdida, quedaban vigentes las obligaciones que de ella se derivan (artículo 285). Dichas disposiciones siguen vigentes en la actualidad.

³² El texto reformado, es del tenor siguiente: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor."

3.2.2.3. PROTECCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS ABANDONADOS.

El Código Penal de 1931, ha determinado la sanción por el abandono o exposición de los niños, al imponer una pena de un mes a cuatro años de prisión, así como la privación de la patria potestad o de la tutela en su caso. En sus inicios se establecía que el delito sólo se perseguiría a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos y a falta de dichos representantes, la acción la iniciaría el Ministerio Público, a reserva de que el juez designara un tutor especial.³³ Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de diciembre de 1977, se estableció que el abandono de los hijos sería perseguido de oficio, pero se extinguiría la acción si el procesado pagaba las cantidades adeudadas por concepto de alimentos no satisfechos y garantizaba las futuras. Posteriormente, en 1984 se determinó sancionar a quien de manera intencional se colocara en estado de insolvencia, para eludir su obligación de suministrar alimentos.

Por su parte, el Código Civil de 1928 ha establecido que quien acoja a un "expósito", tendrá la tutela sobre él (artículo 492) y si se remite a un centro de beneficencia, el responsable del mismo ejercerá la tutela legítima, sin necesidad de discernir el cargo. Asimismo, los niños que no estén sujetos a patria potestad, entran bajo la guarda de un tutor (artículo 449).

³³ Artículos 335, 336, 337 y 339 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fueron Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación No. 39 del Tomo LXVII, Sección Tercera, de 14 de agosto de 1931.

La tutela, definida como un cargo de interés público desempeñado con intervención del curador, el juez y del Consejo Local de Tutelas (artículo 452), puede ser testamentaria, legítima y dativa. Si un menor de edad no está sujeto a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, se debe nombrar un tutor dativo, a efecto de que lo cuide y le proporcione la educación correspondiente (artículo 500), en el supuesto de que el tutelado tenga bienes suficientes para ello y para retribuir económicamente al tutor por su trabajo de administración, ya que de lo contrario, la legislación dispone lo que debe realizar el tutor para proteger al niño.

En primer lugar, se dispone que el juez debe cuidar provisionalmente de la persona y bienes del niño no sujeto a patria potestad, hasta que se nombre un tutor (artículo 468). Ahora bien, si el niño sujeto a tutela es indigente o carece de medios para su subsistencia, el tutor debe exigir judicialmente a los parientes responsables, las prestaciones correspondientes a los alimentos de su pupilo (artículo 543) y si éste carece de personas obligadas a proporcionarle alimentos o no pueden hacerlo, el tutor, con autorización del juez, pondrá al tutelado en un establecimiento de beneficencia en donde pueda educarse y habilitarse. En su defecto, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al niño, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de educarlo y alimentarlo, bajo la vigilancia del tutor (artículo 544).

En caso de no ser posible todo lo anterior, la alimentación y educación del niño, correrá a cargo de las rentas públicas y si se llegase a tener

conocimiento de algún acreedor alimenticio, el Ministerio Público ejercerá la acción correspondiente para el reembolso de dichos gastos (artículo 545).

El Presidente Gustavo Díaz Ordaz creó el organismo público descentralizado denominado Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez,³⁴ con objeto de atender a los menores de cuatro años que estuvieran abandonados, mediante el establecimiento de casas de cuna; así como de casas hogar, internados, asilos, hogares sustitutos y en general, instituciones dedicadas a la atención de los menores abandonados mayores de cuatro años. Se previó también el establecimiento de hospitales dedicados a la niñez. Asimismo, dicho organismo fomentaría la investigación y capacitación de profesionistas especializados en la protección de los niños y se coordinaría con otras instituciones para disminuir los problemas de abandono, de explotación y de invalidez de los mismos.

En razón de que tanto el Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia, como la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez tenían atribuciones afines, se determinó mediante decreto de fecha 10 de enero de 1977, crear un nuevo organismo que se subrogara en las facultades y funciones que éstos desempeñaban, mismo que se denominó Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Además de las atribuciones que ya tenía encomendadas el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, por decreto de fecha 20 de

³⁴ Creado mediante Decreto de fecha 15 de julio de 1968, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 19 de agosto del mismo año.

diciembre de 1982, se le integró al Sector Salud y se le encomendó la tarea de operar establecimientos de asistencia social y jurídica en beneficio de menores abandonados, ancianos desamparados y de minusválidos sin recursos; así como de intervenir en el ejercicio de la tutela de los menores, que corresponda al Estado, en los términos de la Ley respectiva, entre otras.

3.2.2.4. PROTECCIÓN EN CASO DE ADOPCIÓN

Una de las formas jurídicas de proteger a niños y niñas abandonados(as) o expósitos(as), es la adopción. El Código Civil para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal únicamente regulaba la adopción simple y establecía que el que pretendiera adoptar a alguna persona, debía acreditar: ser mayor de treinta años y tener por lo menos, diecisiete años más de edad, que la persona que trataría de adoptar; no tener descendientes; tener medios bastantes para proveer a la subsistencia, cuidado y educación del que sería adoptado, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar y ser persona de buenas costumbres.

3.2.2.5. PROTECCIÓN CONTRA CUALQUIER FORMA DE EXPLOTACIÓN

3.2.2.5.1. TRABAJO INFANTIL

En sus orígenes, el artículo 123 Constitucional estableció la prohibición del trabajo de los niños menores de doce años y la jornada máxima de seis horas, para los mayores de esa edad pero menores de dieciséis. También prohibía el desempeño de labores insalubres o peligrosas y el trabajo nocturno industrial para los menores de dieciséis años, mientras que en los establecimientos comerciales no podrían trabajar después de las diez de la noche.

La Ley Federal del Trabajo, aprobada y promulgada el 18 de agosto de 1931, reglamentó dichas disposiciones constitucionales, sin establecer mayores requisitos para la contratación de menores de edad. Es interesante mencionar que el 10 de julio de 1948, se adoptó el Convenio Internacional del Trabajo No. 90, relativo al Trabajo Nocturno de los Menores en la Industria, mismo que fue ratificado por México el 20 de junio de 1956, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de julio de ese mismo año y en vigor desde el 20 de junio de 1957. Dicho Convenio establece que los menores de 18 años no deben estar empleados, ni trabajar durante la noche, razón por la que el Gobierno Mexicano formuló una reserva al declarar que la legislación mexicana señalaba como

edad límite la de 16 años, declaración permitida por el artículo 7 del propio Convenio.

Con fecha 21 de noviembre de 1962 las fracciones II y III del Apartado A, del artículo 123 Constitucional, se reformaron a efecto de prohibir la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Por lo que hace a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, se prohibió su contratación para cualquier tipo de trabajo después de las diez de la noche, además de lo que ya estaba establecido con anterioridad. La Ley Federal del Trabajo de 1931 fue reformada mediante decreto publicado el 31 de diciembre de 1962, para adecuarse a las nuevas disposiciones constitucionales y determinó a través del nuevo capítulo VII BIS denominado "Trabajo de los Menores", que el mismo quedaría sujeto a la vigilancia y protección especiales de la Inspección del Trabajo, además de que para la contratación de mayores de 14 años y menores de 16, se requería obligatoriamente de un certificado médico que acreditara su aptitud para el trabajo y someterse a los exámenes médicos que periódicamente ordenara la Inspección del Trabajo.

Se estableció un listado de actividades en las que se prohibía la utilización de niños y se determinaron reglas sobre jornada laboral, vacaciones y obligaciones de los patrones.

La Ley Federal del Trabajo vigente, promulgada el 23 de diciembre de 1969, publicada el primero de abril de 1970, reproduce en su totalidad las disposiciones en materia de trabajo de niños y establece, mediante reforma publicada en 1974, la definición de actividades peligrosas e insalubres. Se

determinan obligaciones a cargo de los patrones que tengan a su servicio menores de edad, es decir, exigir que se les exhiban los certificados médicos que acrediten que están aptos para el trabajo; llevar un registro de inspección especial, con indicación de la fecha de su nacimiento, clase de trabajo, horario, salario y demás condiciones generales de trabajo; distribuir el trabajo a fin de que dispongan del tiempo necesario para cumplir sus programas escolares y asistir a escuelas de capacitación profesional, y proporcionar a la Inspección del Trabajo los informes que les solicite. Además se dispone que con independencia de los derechos especiales que otorga la Ley Federal del Trabajo a los niños trabajadores, gozarán de todos y cada uno de los derechos en general, contenidos en dicho ordenamiento legal.

3.2.2.5.2. DELITOS COMETIDOS EN CONTRA DE MENORES DE 18 AÑOS

Ahora bien, con independencia de las disposiciones laborales en materia de trabajo infantil, el Código Penal de 1931, ha tipificado como delito, la *corrupción de menores* de 18 años, o la inducción de éstos a la mendicidad. Prohíbe el empleo de menores de esa edad en cantinas, tabernas y centros de vicio, bajo pena que antes iría de 3 días a un año de prisión, multa de 5 a 500 pesos y, además, el cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Se disponía la misma pena para los padres o tutores que aceptaran que sus hijos o pupilos bajo su guarda se emplearan en los términos establecidos y si el culpable era el ascendiente, padrastro o madrastra del menor, se le debía aumentar la pena y privarlo de todo derecho a los bienes del

ofendido y de la patria potestad sobre todos sus descendientes. Sin embargo, se establecía que sólo se castigaba el delito, cuando se consumaran los hechos materiales que lo constituían, lo cual hacía mas difícil encuadrarlo a las conductas de los presuntos responsables.³⁵

Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1966, la sanción por el delito de corrupción de menores, se incrementó de seis meses a cinco años de prisión. Se tipificó dentro de ese delito, el hecho de provocar o facilitar la depravación sexual de un púber; el iniciar a un impúber en la vida sexual o la depravación, o inducir o incitar a la práctica de la mendicidad, de hábitos viciosos, de la ebriedad, del uso de tóxicos o drogas heroicas o a formar parte de una asociación delictuosa, o a cometer cualquier delito, a un menor de edad.

Asimismo se estableció que cuando los actos de corrupción se realizaran reiteradamente sobre el mismo menor y debido a ello éste adquiriera esos malos hábitos, la pena se incrementaría de cinco a diez años de prisión y multa hasta de veinticinco mil pesos. Posteriormente se tipificó como delito, el promover, facilitar, conseguir o entregar a una persona para que ejerza la prostitución dentro o fuera del país.³⁶

³⁵ Artículos 201, 202, 203 y 205 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fueron Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación Núm. 39 del Tomo LXVII, Sección Tercera, de 14 de agosto de 1931.

³⁶ Reforma al artículo 205 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fueron Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación, de 3 de enero de 1989.

Por lo que hace al delito de *lenocinio*, el artículo 208 del código citado, sólo disponía la sanción mencionada en el párrafo anterior, al que encubriera, concertara o permitiera el comercio carnal de una menor de edad, pena que fue modificada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1985, para quedar de seis a diez años de prisión y de diez a veinte días multa.

En lo relativo al delito de *tráfico de menores*, se adicionó en 1984 el artículo 366 bis al Código Penal, a efecto de sancionar al que teniendo a su cargo la custodia de un menor, lo entregue ilegítimamente a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico.

3.2.2.6. DISPOSICIONES RELATIVAS A NIÑOS Y NIÑAS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

El tratamiento dado a los menores de edad que cometen infracciones o “delitos”, a lo largo de la historia, ha evolucionado a partir de un trato igual al de los adultos, hacia un trato diferenciado en consideración a su inmadurez física, emocional e intelectual. A finales del siglo XIX se generó una legislación que procuraba su readaptación, en lugar de la represión. Durante el siglo XX la tendencia fue excluir a los niños y adolescentes del derecho penal, para lo cual se creó un sistema de naturaleza tutelar y educativa, con el objeto de “protegerlos”, “auxiliarlos” y readaptarlos para corregir su perturbación física o mental y eliminar los primeros gérmenes de perversión moral.

Los principales antecedentes jurídicos de aplicación federal y en el Distrito Federal, son los siguientes:

- Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación (D.O.F.), el 8 de octubre de 1926.
- Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, publicada en el D.O.F. el 21 de junio de 1928.
- Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, publicada en el D.O.F. el 26 de junio de 1941.
- Modificación del artículo 18 constitucional, publicada en el D.O.F. el 25 de febrero de 1965.
- Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales, publicada en el D.O.F. el 2 de agosto de 1974.

Desde la vigencia del primero de los instrumentos señalados, hasta el último, el órgano encargado de la investigación, procesamiento, resolución y tratamiento de los infractores ha dependido del Poder Ejecutivo, sea bajo la naturaleza de Tribunal Administrativo o de Consejo Tutelar, mismo que contaba con órganos auxiliares especializados en diversas materias y a veces, hasta con su propio cuerpo policial (Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal de 1941). Algunas de estas leyes se ocupaban no sólo de los

infractores, sino también de los abandonados, menesterosos e incorregibles (Reglamento de 1926 y Ley de 1928), así como de los que se encontraban en situación de peligro (Ley de 1941).

Los órganos encargados de llevar los procedimientos establecidos en dichas leyes, gozaban de total discrecionalidad en la valoración de las pruebas y en la resolución sobre las medidas a tomar para la readaptación del infractor, no se consideraban como autoridad para efectos del juicio de amparo, ya que según criterios del Poder Judicial Federal, el Estado intervenía como auxiliar de quienes ejercían la patria potestad sobre los niños y desempeñaba una misión social, no una acción de carácter autoritario, pues sus resoluciones no eran tomadas como sentencias, sino que sólo decidían medidas preventivas, médicas, educadoras y condicionales, que no se equiparan a las sanciones penales.³⁷

El principal argumento para restringir o no aplicar las garantías constitucionales a favor de los “menores infractores”, era el hecho de que no eran sometidos a juicios del orden criminal, sino a procedimientos que culminaban en la toma de medidas tutelares y educativas.³⁸

³⁷ En el Amparo en Revisión No. 3196/34, de fecha 18 de noviembre de 1936 se concluyó por unanimidad de 4 votos, que la internación de un menor en un establecimiento educativo, por orden del Tribunal para Menores, no podía ser violatoria del artículo 16 constitucional, por no tener el carácter de detención y que la denegación de la libertad caucional al menor, no podía ser violatoria de la fracción I del artículo 20 constitucional, en virtud de que fue creada para los que están privados de su libertad.

³⁸ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió en la Quinta Época una tesis aislada, consultable en el Tomo LXII del Semanario Judicial de la Federación, bajo el título “MENORES FACULTADES DE LOS JUECES DE, Y DERECHOS DE AQUELLOS EN EL PROCEDIMIENTO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE YUCATÁN)”, en la que se establece que “...los tribunales de menores no desarrollan actividades represivas y, por tanto, la retención que verifican de un menor infractor no debe entenderse como restrictiva de la libertad, sino más bien como una medida tutelar, que les permite hacer las observaciones de su persona en sus aspectos moral, social y pedagógico, con el fin de dictar las

Con motivo de la aplicación de la Ley de 1974, los actos de los Consejos ya comenzaban a considerarse como actos de autoridad y la imposición de medidas de internamiento, como actos que afectan la libertad personal del infractor, por lo que procedía el amparo indirecto en contra de los mismos.³⁹

Sin embargo, aún se emitían tesis contradictorias, como es el caso del Amparo en revisión 9155/87, resuelto por el Pleno de la Corte, en el que determinó que el Consejo Tutelar para Menores del Estado de Sonora, según la ley que lo regula, no sigue un procedimiento punitivo para los menores infractores y por ende, no cobran aplicación las garantías previstas en el artículo 20 constitucional, por ser éstas aplicables a todo juicio criminal.

Posteriormente, el máximo tribunal del Poder Judicial Federal, sesionando en Pleno, emitió una tesis aislada en la que ya se considera la observación de las garantías constitucionales a favor de los menores infractores, al establecer que “de los artículos 1º, 4º, 14 y 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende, no sólo que las garantías establecidas favorecen a los menores de edad, sino además que

medidas correspondientes a una educación correccional...”, por lo que “...se concluye lógicamente que la función defensiva a que todo procesado tiene derecho tampoco debe existir en este procedimiento; tanto mas cuanto que el citado código establece que contra las resoluciones dictadas por los tribunales o jueces de los menores, no procede recurso alguno, en consecuencia, no es violatoria de garantías la resolución que niega al menor, el derecho de nombrar un defensor.”

³⁹ Véase la tesis aislada emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Séptima Época, consultable en la página 129 del Volumen 181-186 Primera Parte del Semanario Judicial de la Federación, bajo el título “MENORES INFRACTORES, CONSEJO TUTELAR PARA, DEL DISTRITO FEDERAL COMPETE A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL CONOCER DE SUS ACTOS CUANDO AFECTEN LA LIBERTAD PERSONAL DEL QUEJOSO.” y la tesis que lleva por rubro “TRIBUNAL DE MENORES DEL ESTADO DE YUCATÁN, ES AUTORIDAD.”, consultable en la página 164 del Volumen 139-144 Sexta Parte del Semanario Judicial de la Federación. La Tesis consultable bajo el rubro “MENORES INFRACTORES, LAS RESOLUCIONES PRONUNCIADAS EN CONTRA DE ESTOS POR LA SALA SUPERIOR DEL CONSEJO DE MENORES, NO SON RECLAMABLES EN AMPARO DIRECTO”, establece la procedencia del amparo indirecto.

éstos deben gozar de especial apoyo y protección...⁴⁰ Por otra parte, también se ha establecido que la no determinación del tiempo máximo de duración de la medida de tratamiento interno a que debe ser sometido el menor infractor, es violatorio de garantías.

Finalmente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en contradicción de tesis 14/93, la Jurisprudencia 216, consultable en la página 123 del Tomo II, Parte SCJN del Apéndice de 1995, bajo el rubro "MENORES INFRACTORES. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL", misma que en la parte conducente dice que los órganos del Estado "instruyen un procedimiento especial de carácter administrativo para resolver sobre su situación jurídica a través de actos provisionales y sentencias definitivas de primera y segunda instancia, en las que ordenan la aplicación de medidas que afectan la libertad personal de dichos menores, equiparando dicho procedimiento al proceso penal que se sigue para adultos imputables y en ambos se deben respetar las garantías individuales correspondientes a todo juicio penal..."

Cabe resaltar que a pesar de establecer la equiparación con el proceso penal de los adultos, no se pronuncian sobre la legalidad de los actos emitidos por una autoridad administrativa y no judicial.

⁴⁰ Amparo en Revisión 5113/90, mismo que integró la tesis aislada P.V/95 titulada como "MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO FEDERAL. LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES (PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 2 DE AGOSTO DE 1974). EL PROCEDIMIENTO QUE ESTABLECE ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.", consultable en la página 18 del Tomo 86-2 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

3.3. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Como se ha mencionado en el apartado 1.3.4., cada Estado establece las reglas respecto a la recepción del Derecho Internacional, a través de disposiciones contenidas en sus constituciones u ordenamientos constitutivos, por lo que haremos una breve referencia al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ser ésta la disposición que regula la incorporación del Derecho Internacional en ese Estado. Dicho artículo establece literalmente lo siguiente:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.”

Cabe aclarar que el texto original de la Constitución promulgada en 1917, no establecía el requisito de que los tratados estuvieran de acuerdo con la Constitución, sino que se incorporó mediante la reforma publicada el 18 de enero de 1934, hecho con el cual se estableció claramente la jerarquía superior de la Constitución, así como la adopción del sistema monista nacionalista en nuestro marco jurídico. Por otro lado, del texto transcrito se desprende que constitucionalmente se considera a los tratados internacionales, como la única

fuelle del Derecho Internacional y su incorporación al sistema jurídico mexicano, se hará vigente, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de fondo y de forma establecidos en el artículo 133 de la norma suprema, es decir: a) estar de acuerdo con la Constitución; b) ser celebrados por el Presidente de la República y c) estar ratificados por el Senado.

No obstante, otro requisito de forma para la observancia obligatoria de un tratado, es que se emita una *orden de ejecución*, es decir, la manifestación de voluntad de que el tratado sea cumplido dentro del Estado.

Ahora bien, por lo que hace a la jerarquía entre las leyes federales y los tratados internacionales, se había interpretado judicialmente, que tenían el mismo rango, de conformidad con la tesis de jurisprudencia No. P. C/92, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Octava Época, consultable en la página 27 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 60, de diciembre de 1992, que se transcribe a continuación:

“LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con las misma, ocupan ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado

internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional."

No obstante lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno, en la sesión pública de fecha 11 de mayo de 1999, resolvió el Amparo en revisión 1475/98, del que derivó la tesis P. LXXVII/99 denominada "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, de noviembre de 1999, página 46, misma tesis que abandona el criterio sustentado en la diversa P.C/92 y que dada su relevancia, se transcribe a continuación:

"TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de

que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. **No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local.** Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y **comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional;** por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la

relativa a que en esta materia **no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.** Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a **considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados."** No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal."⁴¹

⁴¹ Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de

Del nuevo criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se desprenden diversos supuestos de interés para el presente estudio:

- 1.- Que los tratados internacionales debidamente celebrados, ratificados y publicados, se encuentran jerárquicamente subordinados a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por encima de las leyes federales y locales.
- 2.- Que un tratado debidamente incorporado al derecho nacional, obliga a todas las autoridades administrativas, judiciales y legislativas, tanto de fuero federal, como del estatal o del municipal.
- 3.- Que independientemente de la distribución de competencias establecidas por el artículo 124 constitucional, el cual establece como facultades reservadas a los Estados, aquellas que no estén expresamente concedidas por la propia Constitución a los funcionarios federales, el artículo 133 constitucional antes transcrito, faculta al Presidente de la República para celebrar tratados en **cualquier materia** y al Senado para ratificarlos, por lo que el Estado Mexicano queda obligado y en consecuencia, un tratado, al ser jerárquicamente superior a las leyes federales y locales, si es auto-aplicativo, debe ser acatado de inmediato y en caso contrario, debe reglamentarse en el ámbito federal, estatal y

1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

municipal, ahora sí, conforme a las facultades contenidas en la Constitución.

4.- Que se considera a la legislación federal y a la local, de la misma jerarquía, con lo que se debe entender que un conflicto entre ambas, se resolverá únicamente por la materia de que se trate, conforme a la distribución de facultades determinada constitucionalmente. Sin embargo, consideramos que dicho criterio no ayudaría a resolver algunos de los conflictos entre leyes federales y locales que se llegasen a presentar.

No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que la tesis que se comenta es sólo un criterio, a pesar de haber sido emitida por el máximo órgano jurisdiccional encargado de interpretar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por otro lado, cabe señalar que con fecha 2 de enero de 1992 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley sobre la Celebración de Tratados, misma que con tal denominación pareciera que establecería claramente las reglas de incorporación del Derecho Internacional, sin embargo no es así, ya que se limita a establecer el otorgamiento de plenos poderes por el Presidente de la República, el trámite de sometimiento del acuerdo internacional a la aprobación del Senado, el requisito formal de publicación en el Diario Oficial de la Federación, los mecanismos de aceptación del tratado, la coordinación de la Secretaría de Relaciones Exteriores en la materia y los mecanismos procedimentales a través de los cuales se resolverán

las controversias que se llegasen a suscitar con motivo de la aplicación de los tratados.

Asimismo, conviene destacar lo que en la ejecutoria dictada al resolver el amparo en revisión número 1475/98 antes citado se determinó, al explicar el requisito de fondo contenido en el artículo 133 constitucional, consistente en que los tratados deben estar de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se tomó como ejemplo el caso de los tratados que amplían garantías individuales o sociales, lo cual es importante, toda vez que abre una posibilidad de interpretación de los tratados de derechos humanos y específicamente, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, para el caso de que contengan disposiciones que no estén expresamente determinadas en la Constitución, pero que al ampliar la esfera de libertades de los gobernados, en opinión de la Corte, deben considerarse como constitucionales.⁴²

Finalmente, cabe preguntarse si la autoridad legislativa incurre en incumplimiento a un tratado vigente en nuestro país, si omite expedir las leyes necesarias para estar acorde con lo pactado en el instrumento internacional correspondiente. Según lo expuesto en el apartado 1.3.6., el Estado sí incurre

⁴² "Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da por se a los gobernados." Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. Op. Cit.

en una violación al tratado; sin embargo, el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es contrario, como se demuestra con la Jurisprudencia número P./J. 16/2002, emitida por el Pleno, el 25 de febrero de 2002, al resolver la reclamación No. 619/2001, dentro de la acción de inconstitucionalidad No. 34/2001, promovida por diputados integrantes de la Quincuagésima Séptima Legislatura del Congreso del Estado de Aguascalientes, la cual nos permitimos transcribir, dada su relevancia:

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE LA OMISIÓN DE APROBAR LA INICIATIVA DE REFORMAS A UNA CONSTITUCIÓN LOCAL. A través de este medio de control constitucional no pueden impugnarse actos de carácter negativo de los Congresos de los Estados, como lo es la omisión de aprobar la iniciativa de reformas a la Constitución Local, por no constituir una norma general que por lo mismo no se ha promulgado ni publicado, los cuales son presupuestos indispensables de la acción. Lo anterior se infiere de la interpretación armónica de los artículos 105, fracción II, inciso d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 61 de la ley reglamentaria de la materia, en los que se prevé la procedencia de la acción de inconstitucionalidad que en contra de leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados, promuevan el equivalente al treinta y tres por ciento de sus integrantes, ya que se exige como requisito de la demanda el señalamiento del medio oficial de publicación, puesto que

es parte demandada no sólo el órgano legislativo que expidió la norma general, sino también el Poder Ejecutivo que la promulgó; de esta forma, no puede ser materia de una acción de inconstitucionalidad cualquier acto de un órgano legislativo, sino que forzosamente debe revestir las características de una norma general, y que además, ya haya sido publicada en el medio oficial correspondiente.”

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy doce de marzo en curso, aprobó, con el número 16/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a doce de marzo de dos mil dos.

De lo anterior se concluye que aún no existe a nivel federal, un mecanismo por el que se puedan impugnar actos negativos por parte de la autoridad legislativa, aun y cuando se considere que con ellos, se incurre en violación a los tratados internacionales.

3.4. LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL Y FEDERAL RELACIONADA CON LA INFANCIA

3.4.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como Ley Suprema de la Unión, ha sido modificada para dar eficacia a los derechos humanos y en el caso concreto, a los derechos de la

infancia. En este apartado, veremos cuáles son los artículos de la Constitución directamente vinculados a la protección de la infancia.

ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL. El artículo primero constitucional dispone que sólo en los casos y condiciones que la propia Constitución establece, podrán restringirse o limitarse las garantías individuales en ella establecidas y prohíbe cualquier tipo de discriminación, motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.⁴³

De lo anterior sobresalen dos supuestos importantes para el tema que nos ocupa: el primero es la prohibición de la discriminación por razón de la edad, ya que como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, los niños, las niñas y los adolescentes, han sido de alguna u otra manera discriminados en razón de ser "personas en desarrollo".

El segundo aspecto relevante lo constituyen los casos de restricción o limitación de garantías individuales para los menores de 18 años, mismos que pueden desprenderse de los artículos 8, 9, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 constitucionales y que comentaremos a continuación.

⁴³ Mediante decreto publicado el 14 de agosto de 2001 en el Diario Oficial de la Federación, se adicionaron dos párrafos al artículo 1o.; se reformó en su integridad el artículo 2o. y se derogó el párrafo primero del artículo 4o.; se adicionó un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los artículos 8 y 9 de la Constitución garantizan, respectivamente, los derechos de petición y de reunión y asociación, pero restringen su ejercicio en materia política, sólo para los ciudadanos mexicanos, es decir, para los mayores de 18 años, de conformidad con el artículo 34 de la propia Norma Suprema.

El artículo 17 constitucional, que garantiza el acceso a la justicia, está sujeto a los plazos y términos que fijen las leyes y en el caso concreto, el artículo 23 del Código Civil Federal establece que "la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes". Asimismo, el artículo 424 del mismo ordenamiento legal, dispone que aquel que esté sujeto a patria potestad, no podrá comparecer a juicio, ni contraer obligación alguna, sin consentimiento expreso del o de los que ejerzan dicha facultad. Ahora bien, en el supuesto de que en un juicio exista conflicto de intereses entre el menor de 18 años y quien o quienes ejercen la patria potestad, el juez nombrará un tutor a efecto de que éste sea el representante legal del niño, niña o adolescente.

El artículo 18 constitucional obliga a la Federación y a los Estados a establecer instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores, lo cual puede ser interpretado de diversas maneras. Como se vio en el apartado 3.2.2.6., con base en dicha disposición constitucional, se han emitido

leyes que crean órganos dependientes del ejecutivo, que gozan de total discrecionalidad en la valoración de las pruebas y en la resolución sobre las medidas a tomar para la readaptación del infractor, con tiempos de “reclusión” indefinidos y sujetos a la dictaminación del cuerpo de especialistas encargados de la observación del interno.

Como consecuencia de lo anterior, los artículos 16, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son violados frecuentemente en la tramitación de los procedimientos seguidos de conformidad con las leyes y por las instituciones de tratamiento de menores infractores.

Sin embargo, a la luz de la nueva visión sobre los derechos de la infancia, concretados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, las “instituciones para el tratamiento de menores infractores” a las que alude el artículo 18 constitucional, pueden considerarse como las encargadas de ejecutar las penas impuestas por autoridades judiciales ante las que se hayan seguido procedimientos con respeto a las garantías individuales de las personas sujetas a ellos y a las formalidades esenciales.

Por su parte, otros artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se han modificado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, son los siguientes:

ARTÍCULO 3º CONSTITUCIONAL. El artículo tercero constitucional sufrió una reforma publicada el 28 de enero de 1992, con la que se dejó de exigir a los particulares dedicados a la educación, que ésta sea laica y que se mantengan ajenos a cualquier doctrina religiosa. Con fecha 5 de marzo de 1993 se estableció por vez primera que todo individuo tiene derecho a recibir educación y que el Estado impartiría educación preescolar, primaria y secundaria y que a su vez, promovería y atendería todos los tipos y modalidades educativas, apoyaría la investigación científica y tecnológica y alentaría el fortalecimiento y difusión de la cultura. Asimismo, estableció la obligatoriedad de la educación primaria y secundaria, disposición que se reprodujo en la fracción primera del artículo 31 constitucional, como obligación a cargo de los responsables de los menores de edad.

Asimismo, el 12 de diciembre de 2002 se publicó una nueva reforma al artículo tercero constitucional, en la que se estableció que la educación preescolar, conjuntamente con la primaria y la secundaria, conforman la educación básica obligatoria y se ordenó, en los artículos transitorios del decreto de reformas, la adecuación a dicha disposición en la Ley General de Educación, así como en los procesos de unificación estructural, curricular y laboral de los tres niveles constitucionales obligatorios en un solo nivel de educación básica integrada, y en la presupuestación para sustentar los requerimientos materiales, humanos y de infraestructura para dicho nivel.

ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL. Por su parte, el artículo cuarto constitucional se reformó mediante decreto publicado el 28 de enero de 1992, a efecto de reconocer la composición pluricultural de la Nación Mexicana, sustentada originalmente en pueblos indígenas, y de establecer que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. Todos esos factores debían considerarse en la enseñanza en escuelas rurales.

Posteriormente, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001, se derogó el párrafo mencionado, a efecto de desarrollar el tema de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el artículo 2º constitucional, en el que se establece la definición de los Pueblos Indígenas, los derechos que se les reconocen y las obligaciones a cargo de las autoridades para garantizar su vigencia, dentro de las cuales, son de resaltar en materia educativa: la de garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, en los que se favorezca la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización y la conclusión de la educación básica; la de establecer un sistema de becas para estudiantes indígenas en todos los niveles; la de desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos. En materia sanitaria destacan: la de asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud y aprovechar la medicina tradicional; la de apoyar la nutrición mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil; y,

para los hijos de indígenas migrantes, la de apoyarlos con programas especiales de educación y nutrición.

En 1999 se adicionó un párrafo al artículo cuarto constitucional, por el que se reconoció el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de los mexicanos.

El 7 de abril de 2000, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo que se comenta, por la que se adicionaron tres párrafos, para quedar como sigue:

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

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuve al cumplimiento de los derechos de la niñez.”⁴⁴

Con relación a esta reforma, cabe mencionar que adolece de la definición de la edad límite para considerar la aplicación de los derechos de la infancia.⁴⁵ Esta omisión tiene implicaciones importantes, principalmente en materia penal, ya que algunas legislaciones penales estatales, por ejemplo, determinan los 16

⁴⁴ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de abril de 2000.

⁴⁵ Ver Supra 1.4.2.6.

años como la edad a partir de la cual se considera imputables a las personas, lo que significa que los menores de 18 años y mayores de 16 están sujetos a los mismos procedimientos e instituciones de reclusión para los adultos.

ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL. Por lo que hace al artículo 21 constitucional, éste se reformó mediante decreto publicado el 21 de septiembre de 2000, a efecto de determinar las garantías que en todo proceso penal deben tener tanto el inculpado como el ofendido o la víctima, dentro de las que sobresale el derecho de no estar obligado a carearse con el inculpado, en caso de delitos de violación o secuestro, cuando la víctima sea menor de edad, situación que debe reglamentarse en los códigos procesales correspondientes.

ARTÍCULO 30 CONSTITUCIONAL. El artículo 30 constitucional que determina quiénes tienen la nacionalidad mexicana, se modificó mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de marzo de 1997, con el fin de establecer claramente que son mexicanos, aquellos nacidos en el extranjero, hijos de padres mexicanos, de padre mexicano, o de madre mexicana, ya sea que ambos o sólo uno de ellos, sean mexicanos por nacimiento o por naturalización.

3.4.2. LEY DE LA MATERIA

Una vez modificado el artículo cuarto constitucional en materia de infancia, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión remitió a la colegisladora, la Minuta con el proyecto de Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, misma que fue estudiada,

dictaminada y aprobada por la Cámara de Senadores y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, con carácter de orden público, interés social y de observancia en toda la República Mexicana.⁴⁶

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se compone de cinco títulos, que desarrollan los temas enunciados a continuación.

1. El título primero establece las disposiciones generales y las obligaciones a cargo de los ascendientes, tutores y custodios de los niños.
2. El segundo título desarrolla los siguientes derechos:
 - de prioridad;
 - a la vida;
 - a la no discriminación;
 - a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo psicofísico;
 - a ser protegido en su integridad, en su libertad y contra el maltrato y el abuso sexual;
 - a la identidad;
 - a vivir en familia;
 - a la salud;

⁴⁶ La Comisión de Justicia de la LVII Legislatura de la Cámara de Diputados, fue la que propuso la Minuta el 27 de abril de 2000. Correspondió a las Comisiones Unidas de Atención a Niños, Jóvenes y Tercera Edad, así como de Estudios Legislativos, de la Cámara de Senadores, el estudio y dictamen de dicha Minuta, la cual fue aprobada por la Asamblea Plenaria de dicho cuerpo normativo, al día siguiente.

- a la educación;
 - al descanso y al juego;
 - a participar;
 - a la libertad de pensamiento, a tener una cultura propia;
 - de las niñas, niños y adolescentes con discapacidad.
3. El tercer título establece disposiciones sobre los medios de comunicación masiva.
 4. El cuarto título desarrolla el derecho al debido proceso en caso de infracción a la ley penal.
 5. Finalmente, el título quinto regula la procuración de la defensa y protección de los derechos reconocidos; de las sanciones en contra del incumplimiento a la ley y del recurso administrativo aplicable en contra de dichas sanciones.

Analizaremos algunas partes de la ley, a efecto de identificar la concordancia o discrepancia que presentan con relación a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, por lo que hace al título segundo que desarrolla los derechos en específico, no nos detendremos a analizarlo, ya que prácticamente reproduce lo que ya establece la Convención y se limita a disponer que las entidades federativas, en el ámbito de su competencia “podrán” legislar lo relativo a la materia de que se trate, por lo que resultaría un tanto ocioso su estudio.

Volviendo al tema del proyecto de ley presentado por la Cámara de Diputados, es pertinente mencionar que la finalidad manifestada en su exposición de motivos, es el darle continuidad a la reforma constitucional, contribuir a que en la República se cumpla con la Convención y establecer los principios básicos conforme a los cuales el orden jurídico mexicano habrá de proteger que niños, niñas y adolescentes ejerzan sus garantías y sus derechos, entre otras cosas. Así mismo se menciona que con la expedición de la ley se pretenden sentar las bases de acción concurrente entre los municipios, estados, el Distrito Federal y la Federación, con respeto a sus respectivas competencias, para facilitar que los Congresos Locales legislen lo conducente y se dé la acción concertada interinstitucional e interdisciplinaria de los tres ámbitos de gobierno para elaborar políticas públicas protectoras de sus derechos.⁴⁷

Se aclara en la citada exposición, que la ley presentada es protectora de los derechos, no de los niños, niñas y adolescentes, por considerar que anteriormente en aras de protegerlos en su persona, se cometían abusos y violaciones a sus derechos, principalmente aquellos relacionados con vivir en familia, no sufrir injerencias arbitrarias, transitar libremente o de garantías procesales y que precisamente, el objeto de dicha protección es asegurar el desarrollo pleno e integral de las personas, por lo que ese proceso se convierte en una categoría de bien jurídico tutelado.

⁴⁷ Exposición de Motivos de la Minuta con proyecto de decreto de la Honorable Cámara de Diputados, que crea la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, del 27 de abril de 2000.

Por su parte, el texto de la ley aprobada y vigente señala como objeto, el de garantizar a las niñas, niños y adolescentes, la tutela y respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; sin embargo, consideramos que es insuficiente y discorda con lo plasmado en la Minuta antes citada, ya que también debería referirse a los derechos que se encuentran declarados en la propia ley, así como en instrumentos internacionales, además de que no sólo debería procurar su tutela y respeto, sino también la garantía de su ejercicio.

El contenido de la ley prácticamente reproduce los principios y derechos enunciados en la Convención y de hecho, en ciertos casos, presenta una regulación deficiente comparada con dicho tratado, como por ejemplo, el principio del Interés Superior de la Infancia, el cual en la ley que se analiza está limitado al ámbito legislativo, cuando establece que de conformidad con él, las normas aplicables se entenderán dirigidas a procurar a las niñas, niños y adolescentes, los cuidados y asistencia que requieren para su desarrollo y crecimiento plenos. Esta determinación es limitada en comparación con el mismo principio desarrollado en la Convención, que ordena considerar el interés superior de la infancia, en las determinaciones judiciales, administrativas o legislativas que se tomen en torno a casos específicos o generales y no sólo en actos legislativos.

Ahora bien, lo que la ley federal regula como derecho de prioridad, se asemeja al principio del interés superior de la infancia; sin embargo también son deficientes las disposiciones establecidas al respecto, toda vez que los

supuestos en que procede la “prioridad” en el ejercicio de los derechos de los niños son limitativos y se refieren únicamente a: 1) protección y socorro en cualquier circunstancia y con oportunidad; 2) atención en servicios, en igualdad de condiciones respecto de los adultos; 3) diseño de políticas públicas para la protección de sus derechos, y 4) la asignación de mayores recursos a las instituciones de protección de sus derechos. Si bien resulta importante el establecimiento de estas hipótesis normativas, no existen mecanismos para su eficacia, es decir, no existe sanción alguna en contra del servidor público que no cumpla con ellas, como en el caso de la asignación de mayores recursos a la institución de protección que le compete.

En efecto, no sólo el derecho de prioridad es ineficaz, sino que en general las disposiciones de la ley que se comenta carecen de fuerza vinculativa, según se desprende por ejemplo, del segundo párrafo de su artículo primero, que a la letra dice: “La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en el ámbito de su competencia, *podrán* expedir las normas legales y tomarán las medidas administrativas necesarias a efecto de dar cumplimiento a esta ley”, disposición que se repite en diversos artículos, lo cual discrepa con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que sí obliga a los Estados Parte, a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en el tratado.

Sin embargo, el hecho de dejar al arbitrio de las autoridades estatales la decisión de expedir las normas garantistas de los derechos enunciados en la

ley federal, tiene su origen en la falta de fundamento legal para que el Congreso de la Unión legisle en materias que no están enunciadas en el artículo 73 constitucional, lo cual provocaría conflictos de competencia entre los órganos legislativos federal y locales, ante lo que cabría cuestionarse sobre la utilidad real de esta ley, que presenta limitaciones para hacerla vinculatoria, en comparación con la Convención, la cual forma parte de nuestro sistema jurídico normativo y sí es obligatoria para las autoridades de todos los órdenes y niveles.⁴⁸

Al respecto, en el Dictamen emitido por la Cámara de Senadores, a través del cual se aprobó el proyecto de Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se dice lo siguiente:

“...Ahora bien, la concreción legislativa de los contenidos constitucionales, en un régimen federal como el nuestro, debe ajustarse invariablemente a las pautas en que se apoya el sistema federativo, entre los cuales figura el irrestricto respeto a la soberanía interior de los Estados de la Federación y del Distrito Federal.

En tal sentido, la ley de la materia de este dictamen cumple con este principio por cuanto, aun consciente de la incuestionable importancia nacional de su objeto, lejos de imponer a los demás niveles de gobierno obligaciones o

⁴⁸ Ver Supra 3.3.

deberes de colaboración en el cumplimiento de las finalidades constitucionales, los induce para que, potestativamente, en el ámbito de sus competencias, concurren coordinadamente al establecimiento y operación de un sistema jurídico general que con eficacia logre la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia...”

Sin dejar de reconocer la buena intención por conciliar y convencer a los poderes u órganos legislativos estatales o locales para que legislen en materia de infancia, no debe perderse de vista que dichas autoridades están obligadas a hacerlo, por virtud de la Convención y deben ajustar sus normas a dicho instrumento internacional en materias de competencia local, tales como las de orden civil, penal, de violencia familiar y de participación, entre otras, ya que en esos casos la ley federal sólo los “induce”, no los “obliga”, en razón de la carencia de facultades de la autoridad emisora, por lo que técnicamente no se estarían violando en caso de inobservancia, los artículos en los que se deja al arbitrio de las legislaturas locales, la expedición de las normas correspondientes. Situación distinta ocurre con las disposiciones relativas a salud, educación, deporte, medios de comunicación, nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, trabajo y servicio militar, en las que el Congreso de la Unión tiene facultades exclusivas para legislar, o concurrentes con los estados, por lo que deben ser adecuadas y/o acatadas obligatoriamente por los congresos locales.

No obstante, un mecanismo que consideramos efectivo para facilitar la coordinación política en los distintos niveles de gobierno, es el Programa Nacional para la Atención de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, cuya elaboración está a cargo del gobierno federal, por disposición del artículo 7º de la ley multicitada. Dicho programa debe involucrar la participación de las entidades federativas y municipios, así como del sector privado y social, para instrumentar políticas y estrategias que contribuyan al cumplimiento de la ley, lo cual es positivo, porque con ello se trazan las principales metas y objetivos a seguir en las políticas públicas para la infancia, que orientarán los programas especiales a cargo de las dependencias gubernamentales, las cuales deberán coordinar sus actividades con las entidades federativas a efecto de llevar a cabo su ejecución.

También es acertado el tratamiento que la ley otorga al tema de la concurrencia, no sólo entre las autoridades, sino con la familia y la sociedad en general. En principio, el artículo 7º arriba citado, establece que a los órganos o instancias de gobierno, en el ámbito de sus atribuciones, les corresponde asegurar la protección y el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como la toma de medidas necesarias para su bienestar, en consideración de los derechos y deberes de sus madres, padres y demás ascendientes, tutores, custodios y otras personas que sean responsables de su cuidado. También dice que es deber y obligación de la comunidad a la que pertenecen y en general de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio en el ejercicio de sus derechos, y precisamente como medida para hacer

efectiva esta disposición, es que ordena la adopción del Programa Nacional para la Atención de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, antes mencionado.

En esa misma línea, la ley dedica el capítulo II del primer título, a regular las obligaciones de ascendientes, tutores y custodios, mismas que clasifica en dos vertientes: a) la de procurar una vida digna a los sujetos activos de la relación,⁴⁹ es decir, garantizarles el otorgamiento de alimentos, la satisfacción del pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad e instituciones, aun y cuando el padre y la madre no vivan en el mismo lugar, ya que ambos tienen autoridad y consideraciones iguales por disposición legal, y b) la de proteger a los niños en contra de toda forma de maltrato, perjuicio (sic), daño, agresión, abuso, trata y explotación. En este supuesto, la ley prohíbe que los responsables del cuidado de los niños, atenten contra su integridad, en el ejercicio de la patria potestad o la custodia.

Para lograr el cumplimiento de esas obligaciones, la ley establece que se deben prever los procedimientos y la asistencia jurídica necesaria; así como para que las autoridades en los distintos ámbitos de gobierno puedan intervenir con los medios legales pertinentes para evitar que se generen violaciones a los derechos de los niños, especialmente para impedir que éstos salgan del país sin el consentimiento correspondiente. Así mismo se dispone que los familiares, vecinos, médicos, maestros, trabajadores sociales, servidores públicos o

⁴⁹ Ver Supra 1.4.4.

cualesquiera persona, que tengan conocimiento de casos de maltrato, deberán avisarlo a las autoridades competentes.

Finalmente en cuanto a la concurrencia, cabe mencionar que para el desempeño de las facultades conferidas a los responsables de los niños, la ley también impone a las autoridades la obligación de promover acciones conducentes para proporcionarles la asistencia adecuada.

Uno de los temas delicados por su importancia y las implicaciones político-económicas que conlleva, es el de los niños carentes o privados de sus derechos, cuya regulación también consideramos deficiente, porque sin darle la trascendencia que tiene y sin establecer mecanismos novedosos y eficientes de protección, únicamente dispone que las autoridades deberán promover la adopción de medidas de protección especial para terminar con esa situación de privación de derechos, hecho lo cual los insertarán en los servicios y programas regulares, y ordena que las instituciones gubernamentales implementen programas cuya permanencia quede asegurada para lograr la incorporación a los servicios regulares. Sin embargo, no se establecen ni siquiera los lineamientos generales a los que deban sujetarse las medidas de protección especial.

En cambio, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por lo menos ordena que en esos supuestos, se adopten todas las *medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica de los niños, así*

como para su reintegración social, en un ambiente que fomente la salud, la dignidad y el respeto de sí mismos.

Otro tema, no desarrollado con claridad en la Convención, pero desafortunadamente dispuesto de manera incorrecta en la ley federal, es el de la "no criminalización de la pobreza", la cual ha sido tratada como un rasgo central de las legislaciones minoristas latinoamericanas, basadas en lo que se ha definido con anterioridad como "Doctrina de la Situación Irregular"⁵⁰, que disponían internaciones constitutivas de "...verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales".⁵¹ Es decir, en situaciones de precariedad económica al interior de las familias, se optaba por separar a los hijos de sus padres e internarlos en instituciones públicas, lo que actualmente contravendría el derecho a crecer dentro del ambiente familiar.

Probablemente con el objeto de evitar incurrir en esas situaciones, la ley federal ahora establece que los niños tienen derecho a vivir en familia y que "la falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de sus padres o de los familiares con los que convivan ni causa de la pérdida de la patria potestad"⁵² y ordena el aseguramiento, desde el ámbito legislativo, de que no se juzgue como exposición ni estado de abandono los casos en que padres y madres que, por extrema pobreza o porque tengan necesidad de

⁵⁰ Ver Supra 1.4.2.10.

⁵¹ García Méndez, Emilio. *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*. Colección Doctrina Jurídica Contemporánea. 1ª Edic. Edit. Fontamara. Caracas, Venezuela, 1998. pg. 22.

⁵² Artículo 23 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

ganarse el sustento lejos de su lugar de residencia, tengan dificultades para atenderlos permanentemente, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, los traten sin violencia y provean a su subsistencia.

Sin embargo, causa preocupación la redacción del párrafo tercero del artículo 23 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, misma que es del tenor siguiente:

"Se establecerán programas de apoyo a las familias para que esa falta de recursos no sea causa de separación".

La inquietud deriva de los supuestos en los cuales, o no se establezcan los programas de apoyo o no lleguen a determinadas personas, ya que según esa redacción, que a nuestro parecer es ambigua, deja abierta la posibilidad de separar a la familia, por falta de recursos y que no sea objeto de dichos programas.

Este tema, el de la separación familiar, se encuentra íntimamente relacionado con el de la autoridad competente para declarar esa determinación legal, ya que será un juez quien declare o ratifique legalmente el desmembramiento, previa garantía de audiencia que otorgue a los involucrados, lo cual nos parece positivo, en razón de que tradicionalmente el Ministerio Público es quien determinaba dicha medida sin intervención de un juez, ni siquiera para la ratificación de la misma, lo cual es totalmente violatorio de las garantías de audiencia y legalidad.

Las disposiciones relativas a los adolescentes de los cuales se alega que han infringido las leyes penales, están contenidas en el título cuarto de la ley y,

al igual que otras, reproducen los lineamientos ya determinados en la propia Convención, salvo algunas particularidades que conviene resaltar dada la relevancia que presentan. La primera de ellas se refiere a fomentar la expedición de códigos o leyes que establezcan procedimientos, instituciones y autoridades especializadas para el tratamiento de los adolescentes infractores, entre los cuales se encuentren Ministerios Públicos y jueces, situación que implica la modificación del artículo 18 constitucional y la actual *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*.

En efecto, como se mencionó anteriormente,⁵³ desde 1926 se han establecido instituciones dependientes del poder ejecutivo que se encargan de investigar, acusar, defender, juzgar, evaluar, resolver la situación jurídica y readaptar a los denominados *menores infractores*, sin que las personas encargadas de llevar a cabo el procedimiento tengan una formación judicial, aun y cuando en tiempos recientes ya se vea dicho proceso como un verdadero juicio penal. Ahora bien, si se atendiera a la disposición legal que se comenta, con la incorporación al Poder Judicial de jueces especializados, habría mayores posibilidades de que a los adolescentes en conflicto con la ley, se les respeten sus garantías constitucionales de audiencia y legalidad, principalmente las del debido proceso, pero no se ha realizado esa reestructuración.

Otro de los temas importantes de comentar es la posibilidad de que las medidas de tratamiento determinadas en contra de los adolescentes, puedan

⁵³ Ver Supra 3.2.2.6.

ser prolongadas en los supuestos de delitos graves o de delincuencia organizada y en último caso, optar por la internación. Lo anterior nos parece ambiguo, ya que al permitir la prolongación de la medida de tratamiento cuando ésta consista en la internación, prácticamente seguimos con sentencias indefinidas en cuanto al tiempo de compurgación de la pena, lo cual contraviene la garantía de legalidad.

Por otra parte, el tema de la edad penal cobra verdadera relevancia por las implicaciones que tiene a nivel político, ya que un sector importante de la población y de la clase gobernante, ha pugnado porque los mayores de 16 años sean imputables penalmente, reclamo que ha hecho eco y se ha concretado en algunos estados del país. Al respecto, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes “induce” a sentar las bases para que los niños y niñas, definidos como las personas de hasta 12 años incompletos, no sean privados de su libertad, y como las disposiciones de dicha ley van dirigidas a los adolescentes, quienes son definidos como los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 incumplidos, se entiende que esta última es la edad a partir de la cual una persona puede ser imputable penalmente. Cabe aclarar que al firmar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, México no formuló reserva alguna al respecto, por lo que aquellos estados de la República que establecieron la edad de 16 como mínima para determinar la responsabilidad penal de las personas, con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención, incurren en violación a dicho tratado internacional.

Finalmente, el título quinto de la ley se encarga de regular los mecanismos de protección de los derechos, los cuales nos parecen ineficaces. En primer término, en el capítulo primero de dicho título, denominado *“De la procuración de la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”*, en lugar de ordenar el establecimiento de una institución federal y la promoción de la creación de organismos locales, la ley cambia el objeto de una disposición de tal naturaleza, al manifestar que las instituciones que se establezcan contarán con personal capacitado y serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de los derechos. A dichas instituciones les asigna facultades de vigilancia, representación de los niños, niñas y adolescentes, conciliación, asesoría, fiscalización, promoción de la participación social en la defensa y protección de los derechos de la infancia, así como de la investigación en ese campo, definición e instrumentación de políticas y mecanismos que garanticen la protección de los derechos y de aplicación de sanciones.

En la actualidad, la institución que lleva a cabo las acciones de procuración y defensa de los derechos de la infancia, por lo menos respecto al registro civil y cobro de alimentos, es el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia y no queda claro si dicho organismo será sustituido por el que se señala en la ley o si se trata de una nueva institución.

El capítulo segundo del título que se comenta, únicamente señala que las instituciones de procuración de la defensa y protección arriba mencionadas, sancionarán las infracciones de lo dispuesto en la ley, pero no enuncia las

conductas que se consideran infractoras, ni la sanción que deba ser impuesta en cada caso, lo cual lo hace ineficaz en los supuestos de que se llegasen a determinar sanciones con base en la ley, ya que los afectados pueden acudir ante la autoridad jurisdiccional competente, alegar la falta de fundamentación y motivación del acto y obtener una sentencia favorable para su anulación. También se tiene la desventaja de que la ley no establece la supletoriedad de ordenamiento alguno, lo cual dificulta todavía más el ejercicio de los derechos enunciados.

3.4.3. LEYES INESPECÍFICAS

3.4.3.1. DERECHOS DE PROVISIÓN

3.4.3.1.1. DERECHO A LA VIDA

Por lo que hace al derecho a la vida y en comparación con lo expuesto en el apartado 3.2.1.1., basta decir solamente que mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, se derogaron los artículos del 325 al 328 que tipificaban el delito de infanticidio, el cual prácticamente quedó sancionado mediante el tipo penal del delito denominado "homicidio en razón del parentesco o relación", también modificado por el decreto mencionado.⁵⁴

⁵⁴ Artículo 323 del Código Penal Federal, mismo que dispone lo siguiente: "Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario,

3.4.3.1.2. DERECHO A LA IDENTIDAD

El 1º de junio de 1993 se expidió una nueva la Ley de Nacionalidad, misma que fue abrogada por la diversa publicada el 23 de enero de 1998 en el Diario Oficial de la Federación, a efecto de adecuar sus disposiciones a las que se establecieron en el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1997. Para nuestro tema sólo es necesario mencionar que ambas leyes disponían la presunción de la nacionalidad mexicana, de los niños expósitos. Asimismo, establecían las reglas para la naturalización de los niños y niñas adoptados(as) por mexicanos; o de aquellos(as) descendientes en segundo grado, de mexicanos que ejerzan sobre ellos(as) la patria potestad.

Por lo que hace al nombre, como parte fundamental del derecho a la identidad de la persona, no hubo ya modificación alguna en las disposiciones relativas al tema y analizadas en el apartado 3.2.1.2. Sin embargo, es necesario mencionar que mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, se modificó la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, para quedar como Código Civil Federal y con ello, se reformaron diversos artículos para adecuar dicha determinación.

adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los Capítulos II y III anteriores.”

De igual manera, las disposiciones que regulan el derecho a crecer dentro del ambiente familiar, analizado en el apartado 3.2.1.3., junto con las relativas al derecho a la identidad, son de competencia estatal, razón por la que consideramos que ya no fueron adecuadas al espíritu de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en el Código Civil Federal. Sin embargo, no nos parece desafortunado el hecho de que hayan quedado vigentes disposiciones anacrónicas en un cuerpo normativo federal, por lo que consideramos que deberían ser reformadas o inclusive, derogadas, ya que el hecho de quedar establecidas, aún y cuando en realidad no sean normas positivas, genera un mal ejemplo y una imagen perjudicial para las autoridades federales, quienes deben ir a la vanguardia en el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Mexicano.

3.4.3.1.3. DERECHO A GOZAR DE UN NIVEL DE VIDA ADECUADO PARA SU DESARROLLO

Como se ha expuesto en líneas anteriores, las disposiciones relativas a las obligaciones derivadas de la filiación, la patria potestad y la tutela, para con el desarrollo adecuado de los niños y las niñas, no han sido modificadas en el Código Civil Federal, salvo algunas disposiciones relativas a la patria potestad, modificadas mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997, en el sentido de prevenir y sancionar las conductas de violencia familiar, mismas que se analizarán mas adelante, pero lo relevante

para este apartado es que en algunos artículos se eliminó la distinción entre los hijos nacidos dentro de matrimonio y los que no lo son.

Por ejemplo, el artículo 414 del Código Civil, actualmente establece lo siguiente:

“La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

Antes, ese mismo precepto determinaba quiénes ejercerían la patria potestad sobre los hijos nacidos de matrimonio y el 415 se ocupaba de los hijos nacidos fuera de él, mismo artículo que fue derogado. El artículo 411, que antes obligaba a los niños y niñas a honrar y respetar a sus padres y ascendientes, se modificó para establecer el respeto y consideración mutuos, entre ascendientes y descendientes.

También es pertinente mencionar que con posterioridad a la ratificación por el Gobierno Mexicano de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se han firmado acuerdos internacionales relativos al cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

En efecto, la Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, del 20 de junio de 1956, fue ratificada por México el 23 de junio de

1992 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de septiembre del mismo año. Por su parte, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, del 15 de junio de 1989, fue ratificada por México el 5 de octubre de 1994 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de Noviembre de 1994, mismos tratados que establecen reglas de cooperación procesal internacional, a efecto de facilitar la ejecución de sentencias o determinaciones judiciales en materia de cobro de alimentos entre dos Estados partes: uno en el que reside el acreedor alimenticio y el otro, en donde reside el deudor.

Por lo que hace a la suspensión de proporcionar alimentos a los hijos, considerado penalmente como "abandono de personas", sólo hubo pequeñas modificaciones. El artículo 336 del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, se modificó en 1991⁵⁵, a efecto de establecer como sanción, una multa de 180 a 360 días al que cometiera el delito de abandono, como una alternativa a la pena de prisión existente, lo cual implica que el sujeto activo del delito, pueda librarse de dicha sanción, con el pago de una multa. De igual manera, con relación al delito tipificado en el artículo 336 BIS, relativo a colocarse dolosamente en estado de insolvencia, se estableció la pena alternativa de multa de 30 a 90 días, pero en 1994⁵⁶ se suprimió dicha opción, por lo que ahora sólo existe la pena de prisión y se estableció además, que el Juez determine la aplicación del producto del trabajo del sujeto activo, a la satisfacción de sus obligaciones.

⁵⁵ Decreto de reformas publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1991.

⁵⁶ Publicación del 10 de enero de 1994.

3.4.3.2. DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

3.4.3.2.1. DERECHO A LA EDUCACIÓN

El 9 de julio de 1993 se expidió una nueva Ley General de Educación⁵⁷, misma que se adecuó a los principios constitucionales establecidos mediante las reformas de 1992 y 1993⁵⁸ y determinó otros afines a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño relativas, por ejemplo, a la equidad en la educación y la participación social en la misma, a través de los cuales, se obliga a las autoridades, a tomar medidas tendientes al logro de la efectiva igualdad en oportunidades de acceso y permanencia en los servicios educativos, principalmente dirigidas a grupos y regiones con mayor rezago educativo o que enfrenten condiciones económicas y sociales de desventaja, entre las que se encuentra el desarrollo de programas para otorgar becas y demás apoyos económicos a educandos por un lado y por otro, se pretende fomentar la participación de la sociedad en actividades que tengan por objeto fortalecer y elevar la calidad de la educación pública, así como ampliar la cobertura de los servicios educativos.⁵⁹

⁵⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación No. 9, Tomo CDLXXVIII, de fecha 13 de julio de 1993.

⁵⁸ Ver Supra 3.4.1.

⁵⁹ El artículo 7 de la ley, además de los fines establecidos constitucionalmente, señala los siguientes: I.- Contribuir al desarrollo integral del individuo, para que ejerza plenamente sus capacidades humanas; II.- Favorecer el desarrollo de facultades para adquirir conocimientos, así como la capacidad de observación, análisis y reflexión críticos; III.- Fortalecer la conciencia de la nacionalidad y de la soberanía, el aprecio por la historia, los símbolos patrios y las instituciones nacionales, así como la valoración de las tradiciones y particularidades culturales de las diversas regiones del país; IV.- Promover, mediante la enseñanza de la lengua nacional -el español-, un idioma común para todos los mexicanos, sin menoscabo de proteger y promover el desarrollo de las lenguas indígenas; V.- Infundir el conocimiento y la práctica de la democracia como la forma de gobierno y convivencia que permite a todos participar en la toma de decisiones al mejoramiento de la sociedad; VI.- Promover el valor de la justicia, de la observancia de la

Así mismo y como consecuencia de la reforma de 1992 al artículo 4º constitucional en materia de composición pluricultural de la Nación Mexicana, la Ley General de Educación dispuso que la educación básica, en sus tres niveles de preescolar, primaria y secundaria, tendría las adaptaciones requeridas para responder a las características lingüísticas y culturales de cada uno de los diversos grupos indígenas del país, así como de la población rural dispersa y grupos migratorios. Se menciona que uno de los fines de la educación impartida por el Estado, organismos descentralizados y particulares, es la de promover, mediante la enseñanza de la lengua nacional –el español–, un idioma común para todos los mexicanos, sin menoscabo de proteger y promover el desarrollo de las lenguas indígenas. Por vez primera, se prevé cierto respeto por las lenguas indígenas, sin dejar de establecer claramente el predominio del español, como lengua nacional.

A partir de marzo de 2003, la finalidad de la educación en relación con los pueblos indígenas, según la fracción IV del artículo 7º de la ley de la materia, es la de promover mediante la enseñanza, el conocimiento de la pluralidad lingüística de la Nación y el respeto a los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas. También esa misma disposición establece que los hablantes

Ley y de la igualdad de los individuos ante ésta, así como propiciar el conocimiento de los Derechos Humanos y el respeto a los mismos; VII.- Fomentar actitudes que estimulen la investigación y la innovación científicas y tecnológicas; VIII.- Impulsar la creación artística y propiciar la adquisición, el enriquecimiento y la difusión de los bienes y valores de la cultura universal, en especial de aquellos que constituyen el patrimonio cultural de la Nación; IX.- Estimular la educación física y la práctica del deporte; X.- Desarrollar actitudes solidarias en los individuos, para crear conciencia sobre la preservación de la salud, la planeación familiar y la paternidad responsable, sin menoscabo de la libertad y del respeto absoluto a la dignidad humana, así como propiciar el rechazo a los vicios; XI.- Hacer conciencia de la necesidad de un aprovechamiento racional de los recursos naturales y de la protección del ambiente, y XII.- Fomentar actitudes solidarias y positivas hacia el trabajo, el ahorro y el bienestar general.

de lenguas indígenas, tendrán acceso a la educación obligatoria en su propia lengua y en español, lo que denota mayor respeto a dichas lenguas y una forma de procurar la educación bilingüe e intercultural, como lo ordena el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, lo anterior no es un hecho aislado, debe recordarse que la reforma constitucional de 2001 en materia de pluriculturalidad de la Nación Mexicana,⁶⁰ trajo consigo, además de la modificación indicada en el párrafo anterior, la creación de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas,⁶¹ misma que en su artículo 2º define a las lenguas indígenas como “aquellas que proceden de los pueblos existentes en el territorio nacional antes del establecimiento del Estado Mexicano, además de aquellas provenientes de otros pueblos indoamericanos, igualmente preexistentes que se han arraigado en el territorio nacional con posterioridad y que se reconocen por poseer un conjunto ordenado y sistemático de formas orales funcionales y simbólicas de comunicación”. Además establece que las lenguas indígenas reconocidas en los términos de la propia ley y el español, son lenguas nacionales por su origen histórico y tienen la misma validez en su territorio, localización y contexto en que se hablen.⁶²

⁶⁰ Ver Supra 3.4.1.

⁶¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 13 de marzo de 2003, en el mismo decreto por el que se modificó la fracción IV, del artículo 7º, de la Ley General de Educación.

⁶² Artículo 4º de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.

En sí, dicha ley tiene por objeto regular el reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos, individuales y colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, así como la promoción del uso y desarrollo de sus lenguas, por lo que dispone su validez, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público. Establece los derechos de los hablantes de lenguas indígenas, a quienes los hace corresponsables, junto con la sociedad en general, de la rehabilitación lingüística⁶³ y, la autoridad responsable para llevar a cabo las acciones conducentes al cumplimiento de la ley, es el organismo público descentralizado y sectorizado a la Secretaría de Educación Pública, denominado Instituto Nacional de Lenguas Indígenas.

En otro orden de ideas, las disposiciones contenidas en la reforma al artículo 3º constitucional de diciembre de 2002, relativa a la incorporación del nivel preescolar en la educación básica y obligatoria, aún no han sido incorporadas en la Ley General de Educación. Sin embargo, es importante mencionar que ya se dispone la obligación de presupuestar una cantidad específica para ser destinada a la educación, al establecer que "...el monto anual que el Estado -Federación, entidades federativas y municipios-, destine al gasto en la educación pública y en los servicios educativos, no podrá ser menor a ocho por ciento del producto interno bruto del país, destinado de este monto,

⁶³ Artículo 12 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.

al menos el 1% del producto interno bruto a la investigación científica y al desarrollo tecnológico en las Instituciones de Educación Superior Públicas...”⁶⁴

Esta disposición es de suma importancia, si se considera que la educación como derecho social prestacional,⁶⁵ requiere de acciones positivas del Estado, las cuales por lo general, quedan a discrecionalidad de la Administración Pública, es decir, del grupo gobernante en un momento determinado y si por disposición legal éste debe aplicar cierto porcentaje del Producto Interno Bruto en la educación y además, tiene prohibido transferir esos recursos hacia otros rubros, so pena de incurrir en infracción a la ley, la autoridad está obligada a invertir la cantidad establecida para la educación y en consecuencia, se incrementa la protección de ese derecho social, no en lo individual, sino a favor de la comunidad.

Por otro lado, es importante mencionar que la Ley General de Educación regula en su Capítulo III, las acciones que deberán tomarse a efecto de lograr la equidad, en cuanto a oportunidades de acceso y de permanencia en los servicios educativos, obviamente dirigidas a los sectores mas desfavorecidos, entre las que se encuentran la ejecución de programas asistenciales, ayudas alimenticias, campañas de salubridad y demás medidas tendientes a contrarrestar las condiciones sociales que inciden en la efectiva igualdad de oportunidades de acceso y permanencia en los servicios educativos. Asimismo, se establece el desarrollo de programas para el otorgamiento de becas y apoyo

⁶⁴ Decreto por el que se reforma el artículo 25 de la Ley General de Educación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2002.

⁶⁵ Ver Supra 1.2.3.

económico a los educandos, pero también a los maestros que realicen su servicio en localidades aisladas o zonas urbanas marginadas.⁶⁶

3.4.3.2.2. DERECHO A LA SALUD

Como se expuso en el apartado 3.2.1.5.2., las instituciones públicas que se encargan de ofrecer los servicios de salud, se dividen entre las que atienden a la población "derechohabiente o asegurada" y las que atienden a la "población abierta", según se encontraran incorporados o no, a la economía formal; pero, a pesar de que el derecho a la salud está declarado constitucionalmente, existe una diferencia entre los beneficios que gozaban los afiliados a los institutos de seguridad social, respecto de los no asegurados a ellos. Lo anterior es importante mencionarlo, en razón de que un gran número de familias y en consecuencia, de niños, niñas y adolescentes, no pueden ser atendidos en dichos institutos.

Mediante decreto publicado el 15 de mayo de 2003, se creó el Sistema de Protección Social en Salud, con el que se pretende que las familias y personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social, tengan acceso a las acciones de protección social en salud y con ello, se abstengan de cubrir cuotas de recuperación ante clínicas y hospitales del Sector Salud o Salubridad, por cada solicitud de servicio para cada uno de los miembros de su familia que requieran atención médica; pues, si bien es cierto que dichas cuotas se establecen de acuerdo a la condición socioeconómica de

⁶⁶ Artículos 32 a 36 de la Ley General de Educación.

las personas, finalmente esto se traduce en gastos imprevistos que el principal sostén de la familia tiene que afrontar, además de cubrir los medicamentos necesarios que tienen que adquirirse directamente en farmacias particulares.⁶⁷

El Sistema de Protección Social en Salud opera de manera similar al de un "seguro de gastos médicos mayores" y sus beneficiarios tendrían que realizar el pago una aportación familiar anual y anticipada conforme a su condición socioeconómica. La principal fuente de financiamiento del sistema, serán recursos públicos tanto federales como estatales y con ello se pretende proteger a las familias con menos recursos y a todos aquellos sujetos que no se encuentren dentro del régimen de seguridad social formalmente establecido.

3.4.3.2.3. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

En materia de seguridad social, relacionada con el tema de infancia y adicional a lo comentado en el apartado 3.2.1.5.3., sólo es necesario mencionar que la nueva Ley del Seguro Social vigente a partir del primero de julio de 1997, determinó como derechohabientes del seguro de guardería, no sólo a la madre

⁶⁷ El artículo 77 BIS1 de la Ley General de Salud, establece lo siguiente: "Todos los mexicanos tienen derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social en Salud de conformidad con el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin importar su condición social.

La protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantizará el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud, mediante la combinación de intervenciones de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y de rehabilitación, seleccionadas en forma prioritaria según criterios de seguridad, eficacia, costo, efectividad, adherencia a normas éticas profesionales y aceptabilidad social. Como mínimo se deberán contemplar los servicios de consulta externa en el primer nivel de atención, así como de consulta externa y hospitalización para las especialidades básicas de: medicina interna, cirugía general, ginecoobstetricia, pediatría y geriatría, en el segundo nivel de atención."

trabajadora, sino también al trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos.

3.4.3.3. DERECHOS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN

3.4.3.3.1. PROTECCIÓN CONTRA EL MALTRATO AL INTERIOR DE LA FAMILIA

El fenómeno de la violencia familiar, tiene sus principales víctimas en los niños y las niñas, seguidos de las personas con discapacidad, personas adultas mayores y las mujeres, situación que si bien antes se consideraba como de índole privado, ahora se percibe como un aspecto público por sus consecuencias en la sociedad.

A fin de prevenir, combatir y erradicar las conductas de violencia familiar, el Congreso de la Unión emitió en 1997 el decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Con relación a la concepción social sobre el creciente fenómeno, la exposición de motivos del mencionado decreto expresa lo siguiente:

“...La violencia familiar no puede considerarse como un asunto que sólo corresponde a la vida privada de las personas. Sus consecuencias afectan al conjunto familiar, que es el grupo primario y fundamental de sustento a nuestra sociedad, y se extienden a todo el complejo social. Esa violencia al interior del núcleo básico de convivencia humana genera focos de agresión que se pueden transformar en conductas antisociales fuera de este ámbito. Se ha comprobado que niñas y niños que provienen de hogares con problemas de violencia, reproducen las mismas actitudes y conductas de sus padres, así como que la violencia entre cónyuges afecta a los hijos. Si no atacamos la agresión en el interior de la familia, formaremos mexicanos con baja autoestima y con problemas psicológicos y emocionales, que impedirán su pleno desarrollo humano y laboral, lo que, en última instancia, frena el crecimiento de nuestro país.

La presente iniciativa persigue tres objetivos fundamentales: disuadir y castigar las conductas que generen violencia familiar; establecer medidas de protección a favor de las víctimas de este fenómeno, y concientizar a la población del problema, al tiempo de propiciar que las autoridades desarrollen políticas públicas para prevenir, combatir y erradicar esas conductas. Estamos frente a una de las situaciones

en que el Derecho se ha de convertir en el principal agente de cambio...”

Como se puede observar, en el motivo fundamental de la iniciativa de reformas predominó el temor a tener en la sociedad adultos agresores como resultado del maltrato en su infancia, sobre la protección del derecho de los niños a su integridad corporal y a tener una vida libre de violencia; no obstante, las consecuencias de dicha reforma legislativa son positivas, debido a que se otorgan mecanismos jurídicos para la prevención y sanción, tanto en materia civil, como penal, de la conducta agresora. También puede considerarse a esa reforma como fuente de inspiración para la expedición de leyes estatales y del Distrito Federal, en materia administrativa, que establecen Unidades Administrativas ante las que se tramitan procedimientos que pueden llegar tanto a la conciliación, como a la sanción de los agentes agresores.⁶⁸

En la reforma antes citada,⁶⁹ se adicionó el Capítulo III denominado “De la violencia familiar”, al Título Sexto del Libro Primero del Código Civil, en el que se declara el derecho que tienen los integrantes de la familia, “a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo

⁶⁸ Según el estudio realizado por el Instituto nacional de las Mujeres, las entidades federativas que cuentan con este tipo de leyes, son: Chiapas, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán. Legislar con Perspectiva de Género. Evaluación legislativa en materia de derechos humanos de mujeres, niñas y niños. Instituto Nacional de las Mujeres. 1ª. Ed., 2002

⁶⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997.

social. Al efecto, contará con la asistencia y protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes.⁷⁰

Asimismo, se obliga a todos los integrantes de la familia, a evitar conductas que generen violencia familiar, la cual se define como el “uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato”.⁷¹

Actualmente, ya no se permite que en ejercicio de la facultad de corrección de los descendientes, se les inflijan actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica, sino que por el contrario, quienes ejercen la patria potestad o custodia de los niños, tienen la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo⁷² y de educarlos convenientemente, ya que si llega a conocimiento de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, deberán dar aviso al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda, según lo dispone el artículo 422 del Código Civil Federal.

⁷⁰ Artículo 323 BIS del Código Civil Federal.

⁷¹ Artículo 323 TER del Código Civil Federal.

⁷² Artículo 422 del Código Civil Federal.

Ahora bien, las conductas de violencia familiar en contra de los hijos, tienen diversas consecuencias, tanto civiles, como penales. Desde la perspectiva del Derecho Civil mexicano, se pueden detectar dos tipos de consecuencias: a) la limitación en el ejercicio de la patria potestad, conforme el artículo 444 BIS del Código Civil Federal, y b) su tipificación como causal de divorcio, en caso de que el generador de violencia incumpla las determinaciones judiciales o administrativas emitidas para corregir actos de agresión en contra de los hijos.⁷³

En ambos supuestos, deberá ser declarado mediante sentencia ejecutoriada por un juez competente, pero en el caso de divorcio y durante el procedimiento de tramitación del mismo, el artículo 282, fracción VII, del Código Civil Federal, faculta al juez del conocimiento para decretar como medida provisional, la prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar. También se obliga al juzgador, a “escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.”⁷⁴ Como medidas de protección para los niños, se consideran

⁷³ Artículo 267, fracciones XIX y XX del Código Civil Federal.

⁷⁴ Artículo 283 del Código Civil Federal.

las de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar.

Por su parte, las consecuencias penales generadas por las conductas de violencia familiar, se encuentran establecidas en los artículos 343 BIS al 343 QUATER, del actual Código Penal Federal, en los que se define a la violencia familiar de manera prácticamente similar al Código Civil. El delito de violencia familiar se persigue de oficio en el caso en que el ofendido sea menor de edad o incapaz y se sanciona con prisión de 6 meses a 4 años, pérdida del derecho de pensión alimenticia y sujeción a tratamiento psicológico especializado.

3.4.3.3.2. PROTECCIÓN EN CASO DE SEPARACIÓN FAMILIAR

La separación de un niño o niña de su padre, madre o ambos, o de quien ejerce la patria potestad o custodia del(de la) mismo(a), puede ser decretada como medida provisional o definitiva en caso de violencia familiar, o simplemente de divorcio. Pero fuera de esos supuestos, se protege el derecho de convivencia entre ascendientes y descendientes cuando no habitan en el mismo domicilio. El artículo 417 del Código Civil Federal determina lo siguiente:

“Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de

cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.”

Ahora, conforme al artículo 366 QUATER del Código Penal Federal, se sanciona a la madre o el padre de un menor de dieciséis años que de manera ilícita o sin el consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor, sin el propósito de obtener un lucro indebido, lo trasladen fuera del territorio nacional con el fin de cambiar su residencia habitual o impedir a la madre o padre, según sea el caso, convivir con el menor o visitarlo. Además, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia a quienes, en su caso, teniendo el ejercicio de éstos cometan ese delito.

3.4.3.3.3. PROTECCIÓN EN CASO DE ADOPCIÓN

Para el caso de la adopción, es importante mencionar las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998, del entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, a través de las cuales se estableció por vez primera, la figura de la adopción plena. En ésta, a diferencia

de la adopción simple, el adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos; es decir, una vez declarada formalmente, el adoptado y el adoptante adquieren todos los derechos derivados de la filiación, sucesión, alimentos, patria potestad, entre otros y se considera irrevocable.⁷⁵ El padre o la madre del que se pretende adoptar, debe dar su consentimiento, salvo que exista una declaración judicial de abandono y una vez declarada la adopción, la filiación anterior se extingue.

Según el artículo 410 C, del Código Civil Federal, tratándose de la adopción plena, el Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto para efectos de impedimento para contraer matrimonio, y cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, ya que si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes y en cualquiera de ambos casos, se requiere de autorización judicial.

Asimismo, se incorporaron por vez primera, algunas disposiciones relativas a la adopción internacional, la cual, siempre deberá de ser plena y sujetarse, además de lo que dispone el propio Código Civil Federal, a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, tal como lo es la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, que suscribió el Gobierno Mexicano el 29 de mayo de 1993, aprobada por la Cámara de Senadores el 22 de junio de 1994 y

⁷⁵ Artículo 390 del Código Civil Federal.

publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de octubre de ese mismo año, en la que se establecen las garantías para que las adopciones internacionales se realicen en atención al interés superior del niño y al respeto a derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional, previniendo la venta o el tráfico de menores.

3.4.3.3.4. PROTECCIÓN CONTRA CUALQUIER FORMA DE EXPLOTACIÓN

El delito de corrupción de menores, tipificado en el artículo 201 del Código Penal, se reformó mediante decreto publicado el 10 de enero de 1994, para sancionar al que procure o facilite la corrupción, mediante actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, o induzca a la práctica de la mendicidad, ebriedad, drogadicción, prostitución, homosexualismo o asociación delictuosa, de un menor de 16 años. Es decir, no solamente se modificaron los elementos del tipo penal, sino que además se disminuyó la edad de la víctima, que antes era menor de 18. Esto, en contra de lo dispuesto por la Convención y a pesar de que ésta ya había sido firmada, ratificada y en vigor, en la República Mexicana.

En 1997 se duplicó la sanción cuando el delincuente fuera pariente por consanguinidad, por afinidad o civil o habite en el mismo domicilio de la víctima, aún y cuando no exista parentesco, tutela o curatela.⁷⁶

⁷⁶ Decreto de reformas al Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de diciembre de 1997.

El 4 de enero de 2000 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, otra reforma al delito de corrupción de menores establecido en el Código Penal Federal, por la que se estableció nuevamente la edad de menores de 18 años, para considerar a las víctimas del delito. Asimismo, se incorporaron diversos elementos del tipo penal y se tipificaron también los delitos de pornografía y prostitución infantil.⁷⁷

La pornografía infantil se define en el artículo 201 BIS del Código Penal Federal, como la representación sexualmente explícita de imágenes de menores de dieciocho años, a través de distintos medios y las penas oscilan de entre los 5 y 16 años de prisión y de entre 1000 a 10 000 días multa. También se prevé el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, a quien por sí o a través de terceros, dirija, administre o supervise cualquier tipo de asociación delictuosa con el propósito de que se realicen las conductas tipificadas como pornografía infantil.

La prostitución infantil se entiende como la promoción, publicitación, invitación, facilitación o gestión por cualquier medio a persona o personas, para que viaje al interior o exterior del territorio nacional y que tenga como propósito,

⁷⁷ Textualmente el tipo del delito de corrupción de menores quedó de la siguiente manera: "Artículo 201.- Comete el delito de corrupción de menores, el que induzca, procure, facilite u obligue a un menor de dieciocho años de edad o a quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho, a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, prostitución, ebriedad, consumo de narcóticos, prácticas sexuales o a cometer hechos delictuosos. Al autor de este delito se le aplicarán de cinco a diez años de prisión y de quinientos a dos mil días multa.

Al que obligue o induzca a la práctica de la mendicidad, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa."

tener relaciones sexuales con menores de dieciocho años de edad, según el artículo 201 BIS-3 del Código Penal Federal y a dicho delito lo sanciona con una pena de cinco a catorce años de prisión y de cien a dos mil días multa.

Por lo que hace al delito de tráfico de menores, tipificado por vez primera en 1984, varió en su concepto, puesto que en 1997, ya se consideró como delincuente al ascendiente o pariente hasta el cuarto grado, que sustraiga o cambie de domicilio donde habitualmente vive un niño o niña, lo retenga o impide que regrese, sin autorización judicial o de quien ejerce la patria potestad y no se permita en consecuencia, la convivencia con el padre o la madre.

Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de junio de 2000, se tipificó el delito en comento de la siguiente manera: "a quien traslade a un menor de 16 años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor", sea quien ejerce la patria potestad o custodia de la víctima, sea por sí o por tercera persona, sean los ascendientes o parientes hasta el cuarto grado, sea por sí o aún si tienen conocimiento de que los responsables no han otorgado su consentimiento.

Asimismo, se establece que se aplicarán hasta las dos terceras partes de las penas establecidas, cuando el traslado o entrega del menor se realice en territorio nacional y se reducirán en una mitad cuando el traslado o entrega del niño se realice sin el propósito de obtener un beneficio económico indebido, o

cuando la persona que lo reciba, tenga el propósito de incorporarlo a su núcleo familiar.

3.4.3.3.5. DISPOSICIONES RELATIVAS A NIÑOS Y NIÑAS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

La actual Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1991, tiene por objeto reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal. Sin embargo, el contenido de la misma, sólo se ocupa de los infractores y no de la protección de los derechos de los “menores”.

El Consejo de Menores es el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación encargado de aplicar la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Para ello, cuenta con total autonomía en el desahogo del procedimiento en sus etapas de investigación de las infracciones, resolución inicial, instrucción, diagnóstico, resolución final; así como para dictar las medidas de orientación, protección y tratamiento dirigidas a personas mayores de 11 años y menores de 18, cuya conducta se encuentre tipificada por las leyes penales.

Cabe señalar brevemente que con relación a la edad de 11 años para ser sujeto al procedimiento ante el Consejo de Menores, existe contradicción entre la ley que se comenta y lo establecido en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, misma que determina la edad de 12 años, a partir de la cual se considerará que un adolescente podrá ser privado de su libertad, como medida de tratamiento interno.

Las garantías mínimas de los menores durante el procedimiento, establecidas en Ley para el Tratamiento son las siguientes:⁷⁸

- Presunción de inocencia;
- Aviso inmediato a los responsables de los menores, respecto de su situación;
- Defensa adecuada designada por el infractor, por sus responsables, o de oficio. En el caso de infractores indígenas, su defensor debe conocer su lengua y su cultura;
- Información sobre la naturaleza y causa de la infracción que se le imputa, así como sobre las personas que hayan declarado en su contra y sobre su derecho a no declarar, o a rendir su declaración inicial;
- Ofrecer pruebas y ser careado con su contraparte;
- Facilitarle los datos necesarios para su defensa;

⁷⁸ Artículo 36 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

- Determinación de su situación jurídica, mediante resolución inicial dictada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que fue puesto a disposición del Consejo;
- Solicitar la ampliación del plazo arriba indicado, por otro igual, para efectos de preparar su defensa;
- No ser retenido por más de 48 horas, sin justificación en la resolución inicial.

Las medidas que pueden ser impuestas a quien se haya acreditado que cometió la infracción o infracciones a la ley penal, son de orientación, protección y de tratamiento interno y externo. Las medidas de orientación incluyen: a) la amonestación; b) el apercibimiento; c) la terapia ocupacional; d) la formación ética, educativa y cultural; y d) la recreación y el deporte.⁷⁹

Las medidas de protección comprenden: a) el arraigo familiar; b) el traslado al lugar donde se encuentre el domicilio familiar; c) la inducción para asistir a instituciones especializadas; d) la prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos; y e) la aplicación de los instrumentos, objetos y productos de la infracción, en los términos que determine la ley penal, para los casos de comisión de delitos.⁸⁰

⁷⁹ Artículo 87 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

⁸⁰ Artículo 103 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

El tratamiento, se define en el artículo 110 de la ley de la materia, entendiéndose éste como la aplicación de sistemas o métodos especializados, con aportación de las diversas ciencias, técnica, y disciplinas pertinentes, a partir del diagnóstico de personalidad para lograr la adaptación social del “menor”. El tratamiento externo se aplicará en el medio sociofamiliar del infractor o en hogares sustitutos y no podrá exceder de un año. El tratamiento interno se ejecutará en los centros que para tal efecto señale el Consejo de Menores y no podrá ser mayor de 5 años.⁸¹

Ahora bien, el tema de los infractores es muy amplio y en el presente estudio no se puede analizar con profundidad, dado que su objeto es abarcar los derechos de la infancia desde una perspectiva muy general, pero sí es conveniente resaltar que la tendencia mundial, en torno a la Doctrina de la Protección Integral de la Infancia⁸², se dirige hacia la construcción de un *Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil*,⁸³ que dista del sistema tutelar mexicano y del cual, algunas características esenciales, según Emilio García Méndez, se pueden resumir de la siguiente manera:

- Los menores de 18 años son inimputables penalmente, siendo, sin embargo, penalmente responsables.

⁸¹ Artículos 112 y 119 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

⁸² Ver Supra 1.4.2.11.

⁸³ Al respecto, Emilia García Méndez opina que "...los instrumentos que conforman la doctrina de la protección integral, y particularmente la Convención Internacional, poseen todos los elementos de política jurídica necesarios para construir un sistema de responsabilidad penal juvenil, que permita superar los gravísimos errores y limitaciones que presuponen las visiones del retribucionismo hipócrita y del paternalismo ingenuo..." García Méndez, Emilio. *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*. Op. Cit. pag. 189.

- La responsabilidad penal significa que a los adolescentes se les atribuyen, en forma diferenciada respecto de los adultos, las consecuencias de sus hechos que siendo típicos, antijurídicos y culpables, significan la realización de algo denominado crimen, falta o contravención. El concepto de responsabilidad difiere sustancialmente respecto del de imputabilidad en 3 puntos fundamentales: a) los mecanismos procesales; b) el monto de las penas; y c) el lugar físico de cumplimiento de la medida.
- Los menores de 12 años son inimputables y penalmente irresponsables.
- Un sistema de responsabilidad penal juvenil presupone la existencia de una gama de medidas socioeducativas que permitan dar respuestas diferenciadas según el tipo de infracción cometida, tales como: a) advertencia; b) obligación de reparar el daño; c) prestación de servicios a la comunidad; d) libertad asistida; e) semi-libertad; y f) privación de la libertad.
- Los tipos de privación de la libertad, pueden ser: a) arresto en flagrancia o por orden judicial; b) detención judicial como medida cautelar; y c) detención judicial como medida definitiva de privación de libertad.
- La privación de la libertad es una medida de naturaleza estrictamente judicial. Una privación legal de libertad sólo puede

ocurrir en flagrancia de delito o por orden escrita de autoridad (judicial) competente.⁸⁴

Como se puede apreciar de lo expuesto, en la ley vigente para el tratamiento de menores infractores, creada con posterioridad a la firma de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se incorporaron las garantías y algunas medidas establecidas en dicho tratado, lo cual, desde un punto de vista técnico-jurídico implica que no se le está contraviniendo. Sin embargo, consideramos que la ley de la materia sigue teniendo un sistema tutelar, basado en la doctrina de la situación irregular⁸⁵, que dista mucho de lo que es el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, aun y cuando maneja un lenguaje supuestamente apegado a la legalidad.

Tomemos como ejemplo la privación de la libertad. El artículo 16 constitucional establece que no podrá librarse orden de aprehensión, sino por autoridad judicial, situación que no ocurre en el caso de los denominados menores infractores, ya que dicha garantía se encuentra limitada por otra determinada en el artículo 18 constitucional, que se refiere al establecimiento de instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Con base en esta última disposición constitucional, las instituciones especiales que se han establecido, no sólo se encargan del tratamiento propiamente dicho, sino también de la investigación y tramitación del

⁸⁴ Cfr. García Méndez, Emilio. *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*. Op. Cit. pgs. 189-191.

⁸⁵ Ver Supra 1.4.2.10.

procedimiento, que concluye con una resolución final, la cual podría contener una orden de tratamiento interno, o mejor dicho, de privación de la libertad, emitida por una autoridad que no es judicial y mediante reglas procesales distintas a las garantías de legalidad y seguridad jurídicas establecidas en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo anterior, consideramos que la actual Ley para el Tratamiento, debería ser revisada e inclusive abrogada, para ser sustituida por una nueva legislación que contemple la incorporación de jueces especializados en la materia, al Poder Judicial; así como procedimientos especializados, pero totalmente apegados a las garantías individuales que todo mexicano tiene; y que además, contemple medidas socioeducativas adecuadas, que puedan ser alternativas a la privación de libertad del individuo.

3.5. BALANCE CRÍTICO

Con lo hasta aquí expuesto, podemos realizar una comparación entre las disposiciones contenidas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y las establecidas en las leyes federales que han sido revisadas en el presente capítulo, a efecto de analizar el grado de congruencia existente entre éstas y aquélla.

- Los aspectos que se encontraban regulados con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención, son:
 - Nombre y nacionalidad

- Filiación
 - Patria potestad
 - Alimentos
 - Tutela
 - Adopción
 - Educación
 - Salud
 - Menores infractores
 - Trabajo infantil
 - Tipificación de los delitos de corrupción de menores e infanticidio
- Sin ignorar el hecho de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es jerárquicamente superior a la Convención, consideramos interesante destacar que aquélla contiene restricciones al goce de ciertas garantías individuales para los niños, niñas y adolescentes que no están acordes con el espíritu de dicho pacto internacional. Recordemos que el artículo 1º constitucional dispone que las garantías individuales sólo podrán suspenderse o restringirse en los casos y con las condiciones que la propia Constitución establece, que en el supuesto de menores de edad son los siguientes:
 - Artículos 8º y 9º constitucionales. Tratándose de materia política, los derechos de petición, reunión y asociación

garantizados por estos artículos, sólo pueden ser ejercidos por los ciudadanos, es decir, los mayores de 18 años. En estos supuestos, convendría distinguir entre política-electoral y política en términos amplios, ya que, si bien los niños, niñas y adolescentes no pueden ejercer el derecho a votar y ser votados, sí pueden y de hecho lo hacen, participar en la vida política democrática del país. Cabe recordar que la instrucción y capacitación cívicas para los mexicanos, están contempladas en los artículos 31, fracción II y 41, fracción III, 8º párrafo, constitucionales. En otro orden de ideas, si lo que se pretende es restringir a los extranjeros del ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 8º y 9º constitucionales, sería oportuno modificar la palabra "ciudadanos", por "mexicanos".

- Artículo 17 constitucional. El acceso a la justicia garantizado por este artículo está limitado en el caso de los menores de edad, ya que no pueden comparecer a juicio sino a través de sus representantes, conforme a los artículos 23 y 424 del Código Civil Federal, lo cual no es negativo, ni contraviene lo establecido en la Convención. Sin embargo, opinamos que sí debería garantizarse plenamente el ejercicio del derecho a participar en los asuntos de su incumbencia, principalmente en lo que se refiere a ser oídos por las autoridades ante las que

se tramiten juicios o procedimientos que impliquen modificaciones en su esfera.

- Artículo 18 constitucional. Con fundamento en este artículo se han expedido leyes para el tratamiento de menores infractores y se han creado instituciones de naturaleza tutelar con procedimientos basados en la Doctrina de la Situación Irregular, en los que aún se cometen violaciones graves a los derechos de los infractores. En consecuencia, las garantías establecidas en los artículos 16, 19, 20 y 21 constitucionales no son respetadas. Para empezar, porque no se entablen juicios, ni son jueces los que conocen y resuelven sobre la situación jurídica de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Consideramos que la omisión constitucional en cuanto a determinar claramente la obligación de respetar las garantías de legalidad y seguridad jurídicas en los procedimientos en que los adolescentes sean parte, y a establecer edades mínimas para ser sujetos a dichos procedimientos, sí contraviene el espíritu de la Convención.
- Asimismo, es importante señalar que la reforma al artículo 4º constitucional que establece los derechos de la infancia, omitió determinar la edad de 18 años para definir jurídicamente el concepto de niño y con base en ello, ubicar la edad en la que se aplican los derechos especiales a favor de la infancia.

- Conforme a lo expuesto en el apartado 3.3., la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma suprema que debe ser acatada por las autoridades de todos los ámbitos y niveles. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, si bien debe estar acorde con dicha norma suprema, impera sobre las leyes federales y locales, según el nuevo criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en consecuencia, también debe ser acatada por todas las autoridades. Por lo que hace a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, consideramos que es ociosa en razón de los siguientes motivos:
 - Lejos de establecer mecanismos que garanticen el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención, prácticamente hace sólo una declaración de los mismos.
 - Carece de fuerza vinculatoria para hacer cumplir las disposiciones que contemplan la realización de acciones positivas por parte de las autoridades o de los particulares.
 - No estatuye con seriedad la autoridad que se encargará de la procuración de la defensa y garantía del ejercicio de los derechos.
 - No precisa las conductas infractoras que dan lugar a una determinada sanción. Aquéllas no se consideran en el capítulo de infracciones y sanciones ni se desprenden del análisis

integral y armónico de la ley, motivo por el cual, en el caso de que llegase a existir la autoridad competente para instaurar procedimientos administrativos con el fin de garantizar la tutela y respeto de los derechos de los niños y de que llegase a imponer alguna sanción, ésta sería fácilmente combatida por falta de fundamentación, debido a la inconstitucionalidad de la ley en ese aspecto. Lo anterior hace totalmente ineficaz a la ley en comento.

- El Congreso de la Unión carece de facultades para legislar en lo relativo a ciertos derechos de la infancia, la regulación de los cuales queda por lo tanto, dentro del fuero local y compete a las autoridades estatales y del Distrito Federal. Este hecho dificulta que la totalidad del orden jurídico mexicano sea congruente con la Convención.
- Los derechos a poseer un nombre y a crecer dentro del ambiente familiar, los cuales se regulan en las disposiciones de paternidad y filiación dentro del Código Civil Federal, no han sido adecuados al contenido de la Convención. Estimamos que lo anterior no encuentra justificación en el hecho de que esas materias no son de competencia federal sino local, ya que aun y cuando no se

consideren como derecho positivo, dichas disposiciones sí son derecho vigente, por lo que deberían actualizarse o derogarse del código federal mencionado.

- El derecho a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo, se ha adecuado el marco normativo a efecto de asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los responsables de los niños. Destaca, por ejemplo, el hecho de que con posterioridad a la firma de la Convención el Gobierno Mexicano suscribió otros dos tratados internacionales a efecto de garantizar el ejercicio del derecho a recibir alimentos en caso de que el deudor alimenticio resida fuera del país.

- En cuanto al derecho a la educación, sin evaluar su nivel de efectividad sino únicamente su incorporación o no a la legislación federal, consideramos que existe un cumplimiento satisfactorio con relación a la Convención, por las siguientes razones:
 - Los niveles de escolaridad obligatorios son el preescolar, primaria y secundaria.
 - La educación obligatoria impartida por el Estado es gratuita.
 - La educación impartida por particulares se ajusta a los lineamientos oficiales.

- Se establece la obligación de tomar medidas tendientes al logro de la efectiva igualdad en oportunidades de acceso y permanencia en los servicios educativos, principalmente dirigidas a grupos y regiones con mayor rezago educativo o que enfrenten condiciones económicas y sociales de desventaja.
- Se regula el respeto por las lenguas y culturas indígenas. Se establece que uno de los fines de la enseñanza es el de promover el conocimiento de la pluralidad lingüística de la Nación y el respeto a los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas. También se establece que los hablantes de lenguas indígenas tendrán acceso a la educación obligatoria en su propia lengua y en español.
- Lo anterior queda reforzado con la creación de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, que tiene por objeto regular el reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos, individuales y colectivos, de los pueblos y comunidades indígenas, así como la promoción del uso y desarrollo de las lenguas indígenas, por lo que establece su validez, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público.
- Asimismo, se establece la obligación de asignar un monto específico del 8% del Producto Interno Bruto del país a la

educación, con lo que se pretende impedir que se efectúen transferencias o reducciones que vayan en detrimento de la inversión en educación.

- En materia de salud, y desde un punto de vista legislativo, consideramos que la legislación cumple con lo establecido en la Convención. Llama la atención la creación del Sistema de Protección Social en Salud, con la intención de asegurar la prestación de servicios médicos a la población abierta, que incluye a familias de escasos recursos.
- En materia de protección en contra de la violencia familiar, se han dado grandes avances. En primer lugar, se ha erradicado de la legislación federal el denominado "derecho de corrección", y en segundo lugar, al tipificar la violencia familiar como causal de divorcio, limitación a la patria potestad y delito, no solamente se irriben las conductas agresivas al interior de la familia, sino que también se genera la acción de la autoridad administrativa, a efecto de prevenir y combatir dichas conductas.
- Se ha regulado positivamente el derecho de convivencia entre padres e hijos que por algún motivo viven separados, lo cual está

acorde con lo dispuesto en la Convención en lo relativo a la reunificación familiar.

- Se ha incorporado la figura de la adopción plena y la adopción internacional; sin embargo, no se reglamentaron los procedimientos a seguir, ni las autoridades encargadas de su tramitación.
- De conformidad con lo establecido en la Convención, se han tipificado los delitos de tráfico de menores, pornografía y prostitución infantil.
- La legislación relativa a menores infractores, si bien desde un punto de vista técnico-jurídico no contraviene las disposiciones de la Convención, tampoco está acorde con el Sistema de Protección Integral de la Infancia, que tiende a la conformación de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

CONCLUSIONES GENERALES

La Convención es un instrumento de Derecho Internacional ratificado por el gobierno mexicano y por lo tanto, sus disposiciones deben ser incorporadas al derecho interno, según se establece en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicho deber se hace mucho más claro si consideramos que el Estado mexicano no formuló reserva alguna al firmar y ratificar la Convención, ni estableció una cláusula federal, consistente en el compromiso de un gobierno nacional, cuando está constituido como Estado federal, de cumplir con las disposiciones contenidas en la Convención, relacionadas únicamente con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

Del análisis de la legislación mexicana anterior a la entrada en vigor de la Convención, se desprende que el tratamiento dado a los menores de 18 años, se apegaba a la *Doctrina de Situación Irregular*, lo que es congruente con la opinión de la doctrina internacional, no sólo para el caso de México, sino para la mayoría de los países latinoamericanos.

Antes de la entrada en vigor de la Convención, además de la falta de protección a la infancia derivada de una legislación inscrita en la Doctrina de la Situación Irregular, ese sector de la población enfrentaba una segunda desventaja, consistente en el hecho de que la legislación federal mexicana no contemplaba la protección de derechos fundamentales, que sí fueron reconocidos posteriormente por la Convención. Tal es el caso de la prevención y protección contra la violencia

familiar, la corrupción y el tráfico de menores, la pornografía y prostitución infantil, la educación bilingüe e intercultural para niños indígenas.

El estado actual de las disposiciones relativas a los niños y las niñas, contenidas en la legislación federal, en relación con los postulados de la Convención, es el siguiente:

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En la Constitución existen disposiciones que restringen el goce de ciertas garantías individuales para los niños, niñas y adolescentes, que no están acordes con el espíritu de la Convención:

- Artículos 8º y 9º. Se dispone que en materia política, los derechos de petición, reunión y asociación, sólo pueden ser ejercidos por los ciudadanos; es decir, por los mayores de 18 años. En este punto, es conveniente distinguir la diferencia entre política–electoral y política en términos amplios. Si bien los niños, niñas y adolescentes no pueden ejercer derechos en materia de política electoral (votar y ser votados), sí pueden (y de hecho lo hacen) participar en la vida política democrática del país. Si lo que se pretende es restringir a los extranjeros del ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 8º y 9º, sería oportuno modificar la palabra “ciudadanos” por “mexicanos”.
- Artículo 17. El acceso a la justicia garantizado por este artículo tiene ciertas limitaciones para los menores de edad, ya que no pueden comparecer a juicio sino a través de sus representantes, conforme a los artículos 23 y 424 del Código Civil Federal. Esto no es negativo, ni

contraviene lo postulado por la Convención. Sin embargo, debería garantizarse plenamente el ejercicio del derecho a participar en los asuntos de su incumbencia, principalmente en lo que se refiere a ser oídos por las autoridades ante las que se tramiten juicios o procedimientos que impliquen modificaciones en su esfera jurídica.

- Artículo 18. Con fundamento en este artículo, relativo al establecimiento de instituciones estatales para el tratamiento de menores infractores, se han expedido leyes y se han creado instituciones de naturaleza tutelar con procedimientos basados en la Doctrina de la Situación Irregular, en los que aún se comenten violaciones graves a los derechos de los menores infractores. En consecuencia, las garantías establecidas en los artículos 16, 19, 20 y 21 constitucionales no son respetadas. No se establecen juicios, ni son jueces los que conocen y resuelven sobre la situación jurídica de los adolescentes en conflicto con la ley penal. La omisión constitucional por una parte, en cuanto a determinar claramente la obligación de respetar las garantías de legalidad y seguridad jurídicas en los procedimientos en que los adolescentes sean parte, y por la otra, en cuanto a establecer edades mínimas para ser sujetos a dichos procedimientos, contraviene las disposiciones de la Convención.
- Artículo 4º. La reforma realizada a este artículo, en relación con los derechos de la infancia, omitió establecer la edad de 18 años para considerar jurídicamente a una persona como niño y, con base en ello, definir el rango de edad en el que deben aplicarse los derechos especiales a favor de la infancia.

Este artículo sólo enuncia los derechos de los niños a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral y no establece los principios rectores que deberán regir para la protección de los derechos de la infancia, omisión con la cual se limita la eficacia de dicha protección y la congruencia de la totalidad del orden jurídico mexicano en materia de derechos de la infancia. Cabe señalar que en la práctica jurídica tiene mayor eficacia la defensa y el ejercicio de un derecho que se encuentra consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y desarrollado en las leyes respectivas, que en un tratado internacional, a pesar de que los instrumentos de este tipo, sean por sí mismos obligatorios para todas las autoridades.

2. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La Convención, si bien debe estar acorde con la Constitución, es jerárquicamente superior a las leyes federales y locales, según el nuevo criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por ello, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes debe incorporar las disposiciones del instrumento internacional, misma ley a la que, al ser analizada, se le encontraron las siguientes limitantes:

- No establece mecanismos que garanticen el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención. Sólo hace una declaración de estos derechos.

- Carece de fuerza vinculatoria para hacer cumplir las disposiciones que contemplan la realización de acciones por parte de las autoridades o de los particulares.
- No estatuye con claridad la autoridad encargada de la procuración de la defensa y garantía del ejercicio de los derechos.
- No precisa las conductas infractoras que se hacen acreedoras a una determinada sanción. Estas conductas no se consideran en el capítulo de infracciones y sanciones, ni pueden desprenderse del análisis integral de la ley. Por ello, en el caso de que llegase a definirse la autoridad competente para instaurar procedimientos administrativos con el fin de garantizar la tutela y el respeto de los derechos de los niños, y de que impusiera alguna sanción, ésta podría ser fácilmente combatida por falta de fundamentación, debido a la inconstitucionalidad de la ley.
- Lo anterior hace totalmente ineficaz a la Ley de los Niños.

3. Código Civil

Los derechos a poseer un nombre y a crecer dentro del ambiente familiar, regulados en las disposiciones de paternidad y filiación a través del Código Civil Federal, no han sido adecuados a lo preceptuado por la Convención. Lo anterior no encuentra justificación en el hecho de que esas materias no son de competencia federal sino local, ya que aun y cuando no se consideren como derecho positivo (es decir, ya no se aplican), todavía son derecho vigente, por lo que deberían actualizarse o derogarse del Código Civil Federal.

4. Derechos de la infancia establecidos en diversas leyes

- **Derecho a gozar de un nivel de vida adecuado para el desarrollo.** Se ha adecuado el marco normativo con el objeto de asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los responsables de los niños. Destaca el hecho de que con posterioridad a la firma de la Convención, el gobierno mexicano suscribió otros dos tratados internacionales para garantizar el ejercicio del derecho a recibir alimentos en caso de que el deudor alimentario resida fuera de México.
- **Derecho a la educación.** Sin evaluar el nivel de efectividad, sino únicamente su incorporación a la legislación federal, se puede concluir que existe un cumplimiento satisfactorio de las disposiciones de la Convención, por lo siguiente:

Los niveles de escolaridad obligatorios son el preescolar, la primaria y la secundaria.

La educación obligatoria impartida por el Estado es gratuita.

Se establece que la educación impartida por particulares se ajuste a los lineamientos oficiales.

Se establece la obligación de tomar medidas tendientes al logro de la efectiva igualdad en oportunidades de acceso y permanencia en los servicios educativos, principalmente dirigidas a grupos y regiones con mayor rezago educativo o que enfrenten condiciones económicas y sociales en desventaja.

Se regula el respeto por las lenguas y culturas indígenas. En este sentido, se establece que uno de los fines de la enseñanza es el de

promover el conocimiento de la pluralidad lingüística de la Nación y el respeto a los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas. También se establece que los hablantes de lenguas indígenas tendrán acceso a la educación obligatoria en su propia lengua y en español.

Lo anterior queda reforzado con la creación de la *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas*, que tiene por objeto regular el reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos, individuales y colectivos, de los pueblos y comunidades indígenas, así como la promoción del uso y desarrollo de sus lenguas; por lo que establece su validez, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público.

Se establece la obligación de asignar un monto específico del 8% del Producto Interno Bruto del país a la educación, con lo que se pretende impedir que se efectúen transferencias o reducciones que vayan en detrimento de la inversión en educación.

- **Derecho a la salud.** La legislación cumple con lo establecido en la Convención. De especial importancia en este sentido, es la existencia del *Sistema de Protección Social en Salud*, creado con el objetivo de asegurar la prestación de servicios médicos a la población abierta, que incluye a familias de escasos recursos.
- **Derecho a la protección ante la violencia familiar.** En esta materia se han dado grandes avances. En primer lugar, se ha erradicado de la legislación federal el denominado “derecho de corrección” y en segundo lugar, al tipificar la violencia familiar como causal de divorcio, como

limitación a la patria potestad y como delito, no solamente se ayuda a inhibir las conductas agresivas al interior de la familia, sino que también se prevé la intervención de la autoridad administrativa, a efecto de prevenir y combatir la violencia.

- **Derecho de convivencia.** Se ha regulado adecuadamente el derecho de convivencia entre padres e hijos que por algún motivo viven separados, de conformidad con lo dispuesto en la Convención en lo relativo a la reunificación familiar.
- **Adopción.** Se ha incorporado a la legislación federal la figura de la adopción plena y la adopción internacional. Sin embargo, no se han reglamentado los procedimientos que deben seguirse, ni las autoridades encargadas de su tramitación.
- **Tipificación de delitos.** De conformidad con lo establecido en la Convención, se han tipificado los delitos de tráfico de menores, pornografía y prostitución infantil.
- **Menores infractores.** La legislación relativa a menores infractores desde un punto de vista técnico-jurídico no contraviene lo dispuesto en la Convención, no obstante, no está acorde con el *Sistema de Protección Integral de la Infancia*, que tiende a la conformación de un *Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil*.
- **Derechos de participación.** Por lo que hace a los derechos de los niños, a emitir su opinión en los asuntos de su incumbencia, el derecho a la información y libertad de expresión, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a la libertad de reunión y

asociación, así como el derecho a participar en la vida cultural y recreativa, no se han establecido legalmente los mecanismos de protección para su ejercicio, principalmente en lo que respecta al primero de los mencionados. Por otro lado, los derechos de petición, reunión y asociación, se encuentran limitados, tratándose de materia política, según lo manifestado en el numeral 1. del presente apartado.

Todo lo anterior nos permite concluir que las disposiciones en materia de infancia establecidas en la legislación federal mexicana, en lo general están acordes con lo preceptuado por la Convención. Las disposiciones que están en contra o al margen de lo dispuesto por ésta, y que han sido identificadas en el presente estudio, deben revisarse y en su caso, modificarse o derogarse. Sin embargo, no se han creado mecanismos que aseguren la eficacia para la protección y el ejercicio pleno de los derechos de la infancia, ni se ha establecido con seriedad, la autoridad o autoridades que se encargarán de dicha protección, con lo que se contraviene el principio de la efectividad de los derechos establecido en el tratado.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiar A., Asdrúbal. Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I. Compiladores: Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loaiza, Rafael. 1ª Ed. Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humano y la Comisión de la Unión Europea. San José, Costa Rica, 1994.

Arellano García, Carlos. Primer Curso de Derecho Internacional Público. 2ª Edic. Edit. Porrúa. México, D.F., 1993.

Bidart Campos, Germán. Teoría General de los Derechos Humanos. 1ª. Edic. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. 1993.

Bobbio, Norberto. Sobre el Fundamento de los Derechos Humanos, en Los Derechos Humanos. Selección de José Ignacio Gutiérrez de Velasco. 1ª. Edic. Edit. Ediciones del Milenio. México, D.F. 2000.

Buergenthal, Thomas. Derechos Humanos Internacionales. Trad. en Español de González Ruiz, Angel Carlos. 2ª. Edic. Edit. Ediciones Gernika, México, D.F. 1996.

Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. 26ª. Edic. Edit. Porrúa, México, D.F. 1994.

Cancado Trindade, Antonio Augusto. Derechos de Solidaridad. Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo I. 1ª. Edic. Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de la Unión Europea. Costa Rica, 1994.

Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo, comps. Derechos Sociales y Derechos de las Minorías. 1ª. Edic. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica Num. 28. México, D.F. 2000.

Derechos del Niño. Políticas para la Infancia. Tomo I. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. SNE. Edit. La Primera Prueba. Venezuela, 1994.

Ma. Isabel Álvarez Vélez, comp. Derechos del Niño. SNE. Edit. McGraw Hill, Madrid, España, 1998.

Díez de Velasco, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Edit. Tecnos. Madrid, 1994.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. 1ª Edic. Edit. Porrúa. México, 1990.

Estado de la Población Mundial. Las Nuevas Generaciones. Fondo de Población de las Naciones Unidas. Dra. Nafis Sadik. 1998.

Estado Mundial de la Infancia 2001. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. SNE. Nueva York. 2001.

Estado Mundial de la Infancia 2001. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. SNE. Nueva York. 2003.

Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley del más Débil. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. SNE. Ed. Trotta, Madrid, 1999.

Gerardo Sauri Suárez, EDNICA. Documento: Las contradicciones de la reforma del artículo 4º constitucional, frente a la Convención Internacional sobre los Derechos de la Niñez. México, D.F., abril de 2000.

Herrera Ortiz, Margarita. Manual de Derechos Humanos. 3ª. Edic. Edit. PAC, México, D.F. 2000.

Legislar con Perspectiva de Género. Evaluación legislativa en materia de derechos humanos de mujeres, niñas y niños. 1ª. Ed. Edit. Instituto Nacional de las Mujeres. México, D.F., 2002.

Nikken, Pedro. El Concepto de Derechos Humanos. Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo I. 1ª. Edic. Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de la Unión Europea. Costa Rica, 1994.

Ortiz Ahlf, Loretta. Derecho Internacional Público. 2ª Edic. Edit. Oxford. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México, D.F., 2002.

Piaget, Jean. Seis Estudios de Psicología. 4ª. Edic. mexicana. Edit. Seis Barral, México, D.F., 1978.

Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D. Derechos Humanos. 1ª. Edic. Edit. Porrúa, México, D.F. 1998.

Rogel Vide, Carlos. Derecho de la Persona. Edit. J. M. Bosch. Barcelona, España, 1998.

Ruiz de Santiago, Jaime, en La Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Evolución Histórica. Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo III. 1ª. Edic. Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de la Unión Europea. Costa Rica, 1995.

Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. 1ª. Edic. Edit. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1998.

Tapia Hernández, Silverio, Compilador. Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por México. 1ª. Edic. Edit. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, D.F., 1999.

Tena Ramírez, Felipe. Leyes Fundamentales de México 1808-1994. 18ª. Edic. Edit. Porrúa, México, D.F. 1994.

Truyol y Serra, Antonio. Los Derechos Humanos. 3ª. Edic. Edit. Tecnos. Madrid, España 1994.

LEGISLACIÓN

Agenda de los Extranjeros. 7ª. Edic. Edit. Ediciones Fiscales Isef. Estado de México, 2003.

Agenda Penal Federal. 13ª. Edic. Edit. Ediciones Fiscales Isef. Estado de México, 2004.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. 61ª. Edic. Edit. Porrúa, México, D.F., 1992.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado. Libro Primero. De las Personas. Tomo I. 5ª. Edic. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Miguel Angel Porrúa, Grupo Editorial. D.F., 1998.

Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Sista, México, D.F., 2000.

Ley General de Salud. 11ª. Edic. Edit Porrúa, México, D.F., 1994.

Manual de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal. 1ª. Edic. Edit. Gobierno del Distrito Federal. México, D.F., 2000.

Sánchez Sodi, Horacio, comp. Compilación Penal Federal y Local para el Distrito Federal. Edit. Greca Editores. México, D.F., 1997.