

878509

18

31

UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



ANALISIS CRITICO Y JURIDICO DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN MEXICO DEL
MENOR MALTRATADO

T E S I S

PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

DIEGO AL ^{Alfonso} ZAVALA ALCOCER

DIRECTOR DE TESIS: LIC. MA. ANTONIA BERINGOLA

MEXICO, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1997



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.

Con profundo cariño y respeto:

A mis Padres

Lic. Santiago Zavala Maldonado

Sra. María G. Dolores Alcocer de Zavala

A mis Hermanos

Lic. Santiago Zavala Alcocer

Ma. Dolores Zavala Alcocer

Verónica S. Zavala Alcocer

A mis Abuelos

Lic. Don. Gaspar Zavala de León

Sra. Angela Maldonado de Zavala

Don. Eduardo Alcocer Gutiérrez de Velasco

Sra. Victoria Pimienta Vda. de Alcocer

A mis Tíos y Tías

A mis Primos y Primas

A la Fam. Velasco Cuevas

A la UNUM

A la Facultad de Derecho

A mis Maestros

ANÁLISIS CRÍTICO Y JURÍDICO DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO DEL MENOR MALTRATADO

ÍNDICE

	Pag
Introducción	3
1. Concepto de Derechos Humanos.....	5
1.1. Origen y fundamento de los Derechos Humanos.....	6
1.2. Diversas Generaciones de Derechos Humanos.....	9
2. Derechos Humanos en el Ámbito Internacional.....	12
2.1. Carta de la Organización de las Naciones Unidas.	13
2.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos...	14
2.3. Declaración de los Derechos del Niño.....	14
2.4. Los Documentos Internacionales de 1966.....	18
2.5. Pacto de San José o La Convención Americana de Derechos Humanos.....	19
3. Garantías Constitucionales en el Derecho Mexicano.	20
3.1. Antecedentes Históricos Constitucionales.....	27
3.1.1. Constitución de 1824.....	28
3.1.2. Constitución de 1857.....	35
3.1.3. Constitución de 1917.....	39
4. Observancia de las Garantías Individuales y Derechos Humanos en la Constitución Vigente.....	42
4.1. Garantía de Igualdad.....	45
4.2. Garantía de Libertad.....	49
4.3. Garantía de Propiedad.....	53
4.4. Garantía de Seguridad Jurídica.....	55
5. El menor maltratado en sus diferentes concepciones	59
5.1. Concepto del menor.....	59
5.2. ¿Que es el maltrato?.....	61
5.3. ¿Que es un menor maltratado?.....	62
5.4. En que puede consistir el maltrato?.....	67
5.5. Aspectos que influyen en los Derechos Humanos del menor maltratado.....	68
5.5.1. Factores familiares (Formas de agresión al niño en la familia).....	68

I) Embarazo no deseado.....	71
II) Divorcio.....	72
III) Alcoholismo y Drogadicción.....	74
5.5.2. Factores económicos.....	76
5.5.3. Factores Sociales.....	77
I) Desempleo.....	77
II) Analfabetismo.....	78
III) Falta de servicios públicos.....	80
6. El menor ante la legislación mexicana y la reforma al Artículo 4o. constitucional en su párrafo VI.....	82
I) La Constitución y su espíritu de protección al Menor.....	82
II) Análisis jurídico de la situación del menor en relación con la legislación civil, la Patria Potestad y la Tutela como principales Instituciones Correctivas.....	85
III) Análisis jurídico del menor maltratado en la legislación Penal Vigente.....	89
Corrupción de menores.....	89
Lesiones.....	91
Homicidio.....	92
Abandono de personas.....	93
IV) Análisis jurídico de la situación del menor en el Derecho Laboral.....	93
Conclusiones.....	96
Bibliografía.....	101

INTRODUCCIÓN.

Los Derechos Humanos en México, han sido tema frecuente en los últimos años, por lo que, en el año de 1990, se creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos, con el objeto de proteger a los individuos en contra de las acciones arbitrarias del Estado.

Debemos tomar en cuenta, que el futuro de un país se encuentra en su niñez. Si esta se desarrolla en un ambiente sano, el resultado serán ciudadanos honestos y responsables, comprometidos a obtener beneficios para sus familias, y por ende, para la sociedad. En nuestro país existe un marco jurídico que permite otorgar un abanico de protección para los menores. Sin embargo, la realidad lo ha superado. La concentración en las grandes ciudades y el abandono en el campo, aunado a factores económicos y sociales que inciden en el equilibrio de las familias; y por ultimo, a deficientes valores y principios educativos de los adultos, son factores que propician el maltrato hacia los menores.

El resultado claro esta, son jóvenes inestables e inseguros, que reniegan de la sociedad.

Es por eso, que la sociedad mexicana requiere una respuesta a la necesidad de proteger al menor bajo condiciones óptimas para su desarrollo físico y mental. Tal demanda, es motivo que obliga al presente estudio a plantear la propuesta de la necesidad de reformar el artículo 4o. constitucional, párrafo VI, en el sentido, de que se le debe

dar mayor protección al menor y evitar el maltrato de cualquier naturaleza sobre su persona. Con esto, se hará un análisis crítico y jurídico de los derechos humanos del menor maltratado para que así, podamos hacer un llamado para despertar nuestras conciencias, ya que no sólo atañe al gobierno, sino también, a toda la sociedad mexicana, recordar que proteger a nuestra niñez es velar por nuestro futuro.

México es un gran país, pero sólo si su niñez es feliz, podrá superar las condiciones adversas que se presentan en todo proceso de crecimiento, en busca de una vida mejor.

La desatención en que se tiene a varios menores, la explotación de que son víctimas, EL MALTRATO al que en ocasiones se les sujeta, todo ello está demostrando que se le necesita dar mayor atención al orden jurídico para la debida protección y cumplimiento de los derechos humanos que le corresponden al menor.

1. CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La primera cuestión que me parece importante abordar, es la relativa al empleo que hacemos de la expresión "Derechos Humanos". Esta como sabemos se encuentra plasmada en nuestra Constitución política vigente (Capítulo I del Título primero, bajo el nombre de las garantías individuales.)

Según el Diccionario Jurídico Mexicano, Derechos Humanos son: "El conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, y que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente."¹

No existe una clasificación universal para el concepto de Derechos Humanos. Sin embargo es razonable distinguir entre las dos categorías de derechos: derechos civiles y políticos; y derechos económico, sociales y culturales. Dentro de los primeros, se pueden incluir los derechos históricos del hombre, como por ejemplo, el derecho a la vida y el derecho a la libertad. La segunda categoría, incluye un número de derechos que en los años recientes han venido tomando importancia, tales como el derecho al trabajo y el de la seguridad social. La declaración americana de los derechos y obligaciones del hombre, proclama, que los Derechos

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Diccionario Jurídico Mexicano", p.1063.

Humanos deben ser respetados por los Estados americanos; no hacen distinción formal entre las dos categorías de derechos.

Podemos definir a los Derechos Humanos como derechos que se tienen por virtud de ser simplemente humano. Son parte de la integridad y dignidad del ser humano. Por lo que considero, que son derechos que no pueden ser concedidos y nadie puede ser privado de ellos ni por ningún sistema jurídico nacional.

1.1. Origen y fundamento de los Derechos Humanos.

El concepto de derechos humanos emerge de la necesidad de proteger al individuo en contra de las acciones arbitrarias del estado. Recordemos que la lucha por la preservación y el efectivo aseguramiento de los Derechos Humanos ha estado presente en todos los periodos de la historia.

Es importante citar en este caso, el Artículo 1o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, promulgada por la Organización de las Naciones Unidas:

"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

[...]

La Asamblea General proclama:

[...]

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como estén de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."²

Considero, de acuerdo a la declaración anterior, lo siguiente:

a) todo ser humano, por el solo hecho de existir, es persona y, por lo tanto, titular de Derechos Humanos;

b) los Derechos Humanos tienen su origen en la propia naturaleza del ser humano y son expresión natural de su existencia;

c) los Derechos Humanos pertenecen a la persona por igual, es decir, sin distinción de edad, raza, sexo, nacionalidad o condición social;

d) los Derechos Humanos son preexistentes a la ley; esta los reconoce, protege y garantiza, pero no los crea, y

e) los Derechos Humanos constituyen el conjunto de facultades y prerrogativas de las personas, sin las cuales no se puede existir realmente como tal.

Efectivamente, los valores y principios que dan contenido a los Derechos Humanos, como son: la vida, la

² Díaz M, Luis, "Manual de Derechos Humanos", p. 15.

libertad, la seguridad, la dignidad y la capacidad de contar con un mínimo de bienestar económico, son pre-requisitos de una existencia real y verdaderamente humana.

Es por eso que, el Estado no crea los Derechos Humanos sino los reconoce, los precisa, fija su extensión y sus modalidades, y establece los mecanismos y procedimientos para su cuidado y conservación.

Sin embargo, como acertadamente apunta Norberto Bobbio:

*"No se trata de saber cuales y cuantos son estos derechos, cual es su naturaleza y fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cual es el modo mas seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados."*³

Por razones históricas, la legislación y la doctrina han utilizado y utilizan diversas denominaciones para referirse a los Derechos Humanos. Indistintamente se les ha llamado derechos del hombre, derechos civiles, garantías individuales, garantías constitucionales, derechos fundamentales, libertades publicas, etc.

En el precepto de 1857 se habla de Derechos del hombre, siguiendo la tesis Jus Naturalista, por ello son reconocidos, aceptando su preexistencia.

³ Bobbio, Norberto, "Presente y Porvenir de los Derechos Humanos", p. 9.

En el artículo 1 de la Carta Magna de 1917, los Estados Unidos Mexicanos otorgan la garantía de su cumplimiento sin afirmar que sean Derechos Humanos, innatos al individuo.

Cabe mencionar que los Derechos Humanos, al ser considerados innatos a la persona humana, han estado presentes a lo largo de toda la evolución social, con independencia de las específicas formas de organización del Estado, que en la actualidad garantiza que los respetara.

1.2. Las Diversas Generaciones de Derechos Humanos.

En el ámbito internacional suele hablarse de la existencia de tres generaciones de Derechos Humanos: la primera, constituida por el conjunto de libertades, facultades y prerrogativas de carácter civil y político, que son, por así decirlo, los Derechos Humanos clásicos o tradicionales y que son reconocidos por el orden jurídico desde el último cuarto del siglo XVIII, pero que, sobre todo, florecen durante la primera mitad del siglo pasado.

La segunda generación corresponde a los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo origen se encuentra en la Constitución Mexicana de 1917.

Finalmente, los derechos de la tercera generación llamados de solidaridad. Entre los que podemos mencionar: el derecho a la paz, al desarrollo, a contar con un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, a la comunicación, a

ser diferente, etc. Los derechos de solidaridad, para su efectiva realización, no requieren solo de la voluntad del Estado o la de los particulares sino, fundamentalmente, de la comunidad internacional.

La lucha de los pueblos por los Derechos Humanos ha sido acumulativa y progresiva y, con toda seguridad, así continuara siéndolo. Con certeza ningún país del mundo podría afirmar que cumple con todos y cada uno de los Derechos Humanos que reconoce y que ninguno de ellos se vulnera en su territorio. Si la violación a los Derechos Humanos no ocurriera, simplemente no podrían explicarse todos los esfuerzos que a diario realizan las comunidades nacionales y la internacional por su efectiva protección y tutela; no se entendería el surgimiento de nuevos órganos y distintos procedimientos para resguardarlos y proveer al resarcimiento de su transgresión. La violación a los Derechos Humanos parece situarse irremediablemente en el campo de las miserias humanas.

Con todo lo lamentable que es la transgresión a un Derecho Humano, lo mas importante, cuando esta se presenta, es que tal conducta no quede impune y que los gobiernos las reprochen, hasta sus últimas consecuencias jurídicas. Solo así, la violación a los derechos fundamentales será una excepción y no una practica sistemática y tolerada que impida el ejercicio real de la democracia, la procuración de

II

justicia, el desarrollo de la sociedad y la vivencia de la paz.

2. DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Con el fin de la segunda Guerra Mundial, el proceso de internacionalización de los Derechos Humanos se ha desarrollado de una manera mas sólida. De la misma forma, de un derecho internacional clásico, se transita, cada vez mas, hacia un derecho internacional nuevo en que ya no son exclusivamente los estados, sino también los individuos, los titulares de derechos y obligaciones.

Expresiones de esta tendencia son:

- La Carta de la Organización de las Naciones Unidas, o la Carta de San Francisco, del 24 de octubre de 1945;
- La Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948;
- Declaración de los Derechos del 30 de abril de 1959;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966;
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966;
- La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, formalmente en vigor a partir del 18 de julio de 1978.

En los ámbitos propiamente regionales y para la atención de cuestiones específicas, la comunidad internacional ha aprobado convenciones, protocolos, declaraciones y resoluciones. Por ejemplo, respecto de trabajadores,

educación, salud, mujeres, niños, refugiados, minorías étnicas y religiosas, así como para proscribir la tortura.

2.1. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

Suscrita el 24 de octubre de 1945 en San Francisco California, razón por la cual se le conoce como "Carta de San Francisco", viene a ser el documento constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas, cuyos objetivos principales son:

a) Proteger al género humano del azote de la guerra, mediante el fortalecimiento de la paz universal y el mantenimiento de la seguridad internacional.

b) Generar condiciones propicias para el respeto y cumplimiento de las obligaciones establecidas en los convenios internacionales, para asegurar la justicia, la igualdad de derechos y la autodeterminación de los pueblos.

c) Promover el respeto universal a los Derechos Humanos y a las libertades universales de todos, sin distinción alguna por motivos de raza, sexo, religión o idioma, así como, la efectividad de tales derechos y libertades.

d) Impulsar la elevación de los niveles de vida para lograr el proceso social, sin detrimento de la libertad.

e) Promover los vínculos de amistad entre las naciones para lograr la cooperación internacional, como punto de partida para la solución de los problemas internacionales.

2.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Proclamada en París el 10 de diciembre de 1948, esta Declaración viene a vertebrar el sistema de Derechos Humanos de la comunidad internacional, basado en el reconocimiento de tales derechos, que pueden resumirse en los siguientes: derecho a la vida; a la libertad personal, a la libertad de pensamiento, a la libertad de conciencia, a la libertad de religión, a la libertad de reunión, a la libertad de asociación, a la libertad de circulación, a la libertad de trabajo; derecho a la igualdad ante la ley; a la seguridad física y jurídica; a contraer matrimonio y fundar una familia; a la vida privada; a la propiedad; a una nacionalidad; derecho de asilo; derecho a participar en el gobierno; acceder a las funciones públicas; al trabajo; al descanso; a la educación; a un nivel de vida adecuado; a la seguridad social.

2.3. La Declaración de los Derechos del Niño.

El 30 de abril de 1959, se celebra en más de 100 países del mundo, el Día del Niño. Esta "tradición", se inició hace 70 años, cuando en Ginebra Suiza, se firmó la Declaración de los Derechos del Niño, documento que implanto algunos principios obligatorios en los países firmantes para proporcionar elementos para el desarrollo de su población infantil. Son diez los puntos que la conforman:

Primero: el niño disfrutará de todos los derechos enunciados, en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin importar raza, sexo, idioma, religión, ideología o posición económica.

Segundo: el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por unos medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable, 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.

Tercero: el niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Cuarto: el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse con buena salud, para este fin deberán proporcionarle, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Quinto: el niño física y mentalmente imposibilitado o que sufra algún impedimento social debe recibir tratamiento, educación y cuidado especial que requiere su caso particular.

Sexto: el niño, para el pleno y armónico desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

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

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

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

Octavo: el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Noveno: el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún otro tipo de trato. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada, en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Décimo: el niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualesquiera otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

2.4. Los Documentos Internacionales de 1966.

Cabe mencionar que la Declaración Universal de Derechos Humanos, pese a su enorme relevancia y trascendencia, no tuvo carácter vinculante, ni aun para los estados firmantes de la misma, por cuya razón se requería de un instrumento adicional de los Derechos Humanos consignados en la referida Declaración.

La variedad de opiniones acerca del alcance y contenido de cada uno de los referidos Derechos, así como la reticencia para obligarse a respetarlos, impidió la elaboración de un documento único como hubiere sido deseable, sino que tuvo que dividirse en tres: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los mencionados documentos fueron adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el primero de ellos, el 30 de enero de 1976 y los dos restantes, el 23 de marzo de 1976.

La fragmentación en tres documentos, del instrumento que otorga fuerza jurídica a la protección internacional de los Derechos Humanos, permitió que los estados renuentes a firmar y obligarse respecto de todo el conjunto, se adhiriesen cuando menos a alguno de ellos.

2.5. La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

La IX Conferencia Interamericana, celebrada en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, meses antes de que la asamblea General de las Naciones Unidas proclamara la Declaración Universal de Derechos Humanos; ambos documentos tuvieron, al expedirse, carácter declarativo no vinculante, por lo que la obligación de los estados suscriptores a respetar los Derechos Humanos en ellos reconocidos requirieron de instrumentos ulteriores adicionales.

Así, el respeto a los Derechos Humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, viene a cobrar obligatoriedad para los estados miembros de la comunidad interamericana, por medio de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, firmado el 22 de noviembre de 1969 y formalmente en vigor a partir de julio de 1978.

3. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO MEXICANO.

Es necesario y fundamental comprender el concepto de lo que se entiende por garantía individual, toda vez que sólo de esa forma tendremos una idea clara de lo que es el objetivo esencial de nuestro trabajo.

Así, el concepto de garantía individual, ha sido definido por diversos tratadistas en la materia; pero es importante señalar, como veremos enseguida, que no existe una definición concreta y precisa pues, con singular frecuencia, tal vez por una cuestión de semántica se habla de garantías constitucionales y garantías individuales, que al fin y al cabo, para el trabajo en cuestión, es lo mismo, como se comentara con posterioridad.

El maestro Isidro Montiel y Duarte sostiene que garantías individuales son:

"Todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho, se llama garantía, aún cuando no sea de las individuales".⁴

En la definición que nos da el referido autor, en parte estamos de acuerdo, puesto que dentro de las garantías constitucionales, se comprenden no solo las individuales, sino además las sociales.

El referido autor, en otra parte de su obra, hace alusión a la cuestión inherente, en el sentido de que se

⁴ Montiel y Duarte, Isidro, "Estudio sobre las Garantías Individuales", p.26.

entiende por garantías individuales al decir: "Los derechos cardinales que el hombre por el solo hecho de serlo tiene y ha de tener siempre, así como los medios formulados en la Ley fundamental para asegurar el goce de estos derechos, son lo que propiamente se llaman garantías individuales".⁵

En efecto, ciertamente, aquí si las garantías individuales son derechos que van aparejados a la persona humana y que son reconocidos y asegurado su goce por el Estado en la Carta Suprema, es incuestionable que el concepto otorgado por el autor en cuestión, en este caso, se encuentra ajustado a la realidad social, incluyendo el contenido (Derechos Humanos) que se va a garantizar.

El ex-Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Luis Bazdresch sostiene, en relación con las garantías individuales: "...los derechos que están tutelados por la ley no pueden alcanzar respeto ni menos protección de la autoridad. Efectivamente, como hemos venido diciendo los hombres tienen que tener los derechos indispensables para su desenvolvimiento para la libre realización de sus actividades, pero aunque deben tenerlos no interesan al jurista como meras actitudes humanas, sino únicamente en la vida de relación y particularmente cuando la ley previene que los órganos gubernativos los respeten; concretamente: si la ley no reconoce los derechos humanos, de nada sirven, pues ninguna autoridad podría hacerlos efectivos; y debemos

⁵ Idem. p.6.

advertir que en cuarenta siglos de existencia histórica de la especie humana, hasta en los últimos tiempos se ha instituido la obligación del Estado de reconocer y de respetar los derechos humanos...".⁶

Comentando lo anterior, se aprecia como el referido jurisconsulto asevera que, en la actualidad, el Estado tiene el deber de reconocer y respetar los derechos humanos, ya que es a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano formulada en Francia en el año de 1789, que se reconocen tales derechos por el Estado que es, quien tiene la obligación de reconocerlos y respetarlos.

El citado ex-Ministro agrega: "Las garantías configuran una relación constitucional, que en un extremo tiene al Estado en general y particularmente a todos y cada uno de sus órganos gubernativos, y en el otro extremo están todas y cada una de las personas que se encuentran en el territorio nacional y que, por su sola condición humana, son los titulares de dichas garantías; sin embargo, esa relación obliga únicamente a las autoridades, pues les impone en el ejercicio de sus facultades las restricciones que propiamente componen las garantías, en tanto que las personas, no necesitan dar ni hacer absolutamente nada para disfrutar plenamente de dichas garantías, por supuesto dentro del marco de los respectivos preceptos constitucionales".⁷

⁶ Bazdresch, Luis, "Garantías Constitucionales",
⁷ Idem. p.19.

Es incuestionable que existe una relación jurídica de orden constitucional entre el Estado y los gobernados, en el que éstos tienen un derecho y aquél y sus autoridades una obligación de respeto de estos derechos, que si bien es cierto, que el gobernado no requiere hacer nada para el disfrute del mismo, no es menos cierto que lo tendrá que ejercer dentro de las limitantes que la Constitución marca. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos no es absoluto, sino que se tienen que regir acorde a las necesidades de la sociedad en la cual se convive y con el respeto que debe guardarse a los demás integrantes de la comunidad, ya que si no fuese de esa manera se llegaría al caos; y por tanto, sería prácticamente imposible vivir en sociedad, es por ello que la Ley Fundamental, efectivamente, otorga los derechos de que se trata, pero tales facultades deberán ser ejercidas por los gobernados dentro del marco de las limitaciones que se señalen en la propia Carta Constitucional.

El maestro Rafael De Pina, al hablar sobre el tema en cuestión, dicen que cuando se trate de garantías, sin mas especificación, se entiende hecha la referencia a las garantías constitucionales, definiéndolas como: "Instituciones y procedimientos mediante los cuales la Constitución Política de un Estado asegura a los ciudadanos

el disfrute pacífico y el respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados".⁸

En relación con el criterio reproducido del citado maestro, cabe decir, que el concepto que vierte adolece de precisión, pues por una parte, habla de derechos que se encuentran consagrados en la Constitución sin decir cuáles son, lo que en verdad puede dar lugar a confusiones, pues en todo el cuerpo legislativo están insertos un sinnúmero de derechos y que no son precisamente los considerados como garantías constitucionales; y por otra parte, afirma que se trata de ciudadanos, haciéndose más patente la inexactitud en que incurrir, ya que no solamente los ciudadanos disfrutaban las garantías que otorga la Constitución, toda vez que si consultamos la misma en su artículo 34, cita quienes adquieren el carácter de ciudadanos, a saber:

"Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido dieciocho años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir".

⁸ Pina, Rafael De., "Diccionario de Derecho", p.280.

De la transcripción que antecede, podemos observar que para tener el carácter de ciudadanos, en primer lugar se tiene que ser mexicano, ya por nacimiento ya por naturalización, y además reunir los elementos que enmarcan las dos fracciones citadas; y si nos ubicáramos dentro del concepto del mencionado maestro, se deduce que sólo los ciudadanos tendrían la facultad de gozar de las garantías individuales, lo que es falso, porque no solamente los mexicanos gozan de ellas, sino también los extranjeros, mayores o menores de edad en ambos casos, tal y como se desprende del propio artículo 10. de la Ley Suprema que literalmente expresa:

"Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

En las relacionadas condiciones, la definición que se comenta, carece de los elementos esenciales atribuidos a las garantías individuales por ser, por un lado, muy genérica y por otro muy específica, al dejar a un lado a menores de edad, e inclusive a los extranjeros, ya que todas estas personas también gozan, como ya se apuntó en el comentario que precede, de las prerrogativas contempladas en la Constitución, con la excepción para este último y que en la

misma se contiene, como por ejemplo, la disposición prevista en el artículo 33.

Por otra parte, el Dr. Ignacio Burgoa al tratar el tema relativo a las garantías individuales no formula un concepto de lo que se entiende por ellas, sin embargo, aporta elementos para que, de acuerdo a ellos, se determine tal concepto, como se puede advertir en la siguiente consideración que apunta en su obra en que señala cuales son elementos de las garantías individuales:

"1.- Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujeto pasivo).

2.- Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto).

3.- Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).

4.- Previsión y regulación de lo citado, por la Ley Fundamental (Fuente)".⁹

De la reproducción de los elementos que cita el Dr. Burgoa, se deduce que la garantía individual es una relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado por un lado y el Estado y sus autoridades por el otro, consistente en un derecho público subjetivo que emana de dicha relación

en favor del gobernado, con la obligación correlativa, por parte del Estado y sus autoridades, de respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo, relación cuya fuente es la Constitución.

Con respecto a lo anterior, cabe afirmar, que las garantías individuales suponen una relación jurídica existente entre el gobernado, por un lado y el Estado y sus autoridades por el otro, con el objeto de asegurar el goce y disfrute pacífico y el respeto de los Derechos Humanos consistentes en: la vida, la libertad, la propiedad y la seguridad jurídica, que son inherentes al hombre e indispensables para el desarrollo de su personalidad, dentro de la sociedad en que se desenvuelve y que el Estado y sus autoridades tienen la obligación de respetar, relación cuya fuente es la Constitución.

3.1. Antecedentes Históricos Constitucionales.

Los antecedentes de las garantías individuales en los máximos Códigos Políticos de nuestro país, aparecen a partir de la Constitución de 1824, no obstante, en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana o Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814 se establece, en el artículo 24 el siguiente texto: "La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad.

¹ Burgoa, Ignacio, "Las Garantías Individuales", p.187.

La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas"; existían también diversas disposiciones que reglamentaban lo que hoy conocemos como garantías individuales, concretamente en los artículos 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39 y 40 se contienen las garantías de audiencia, inviolabilidad del domicilio, derechos de propiedad y posesión, derecho de defensa, libertad ocupacional, de instrucción y libertad de palabra y de imprenta, respectivamente; mas aun y cuando se encontraban establecidas tales garantías dentro de la misma, en realidad no puede estimarse como un antecedente legislativo de nuestras garantías, ya que, como se sabe, nunca entró en vigor, lo que da como consecuencia que a pesar de haberse insertado estos derechos en tal Constitución, por no llegar a ser vigente para los habitantes de la República Mexicana, no tuvo ninguna consecuencia jurídica.

3.1.1. Constitución de 1824.

La primera Constitución moderna que rigió en México fue la Constitución Federal de 1824. México debía tener un proyecto de vida distinto del que tuviera nuestro país conquistador, por eso el 27 de septiembre de 1821, las fuerzas insurgentes y el ejército virreinal, llegaron al acuerdo de poner fin a la guerra y así, nació el país por el que muchos hombres lucharon.

Después del intento de Iturbide por constituirse "Emperador de México", varias personalidades de la época decidieron, que para que el país tuviera estabilidad política, económica y social, debería contar con un orden jurídico que garantizará la paz social.

Después de un debate sobre la forma de organización que debía adoptar el Estado mexicano, centralizado o federal, se optó por la forma federativa. El 4 de octubre de 1824, acorde con tal decisión, se expidió la primera Constitución del México Independiente.

Citare varios artículos de la mencionada Constitución, en donde se establecen en forma dispersa, algunas garantías en favor de los gobernados frente al Estado, sin embargo, en este ordenamiento normativo, no se incluyó una declaración de Derechos Humanos:

"Artículo 147. Queda para siempre prohibida la pena de confiscación de bienes";

Este precepto, resulta el antecedente directo del que hoy es nuestro artículo 22 constitucional, al prohibir la pena de que se trata.

"Artículo 148. Se refiere a la prohibición de todo juicio por comisión y toda la ley retroactiva".

Es evidente que lo prescrito por el artículo antes reproducido, es un antecedente de lo que es nuestro artículo 14, primer párrafo constitucional, con la diferencia de que en la actualidad existe una redacción mas clara y precisa

porque se le agrega que no deberá ser en perjuicio de persona alguna; por lo cual, del artículo que se comenta, debe inferirse, que no existía la circunstancia de que la ley sí podía aplicarse retroactivamente en beneficio de algún gobernado.

"Artículo 149. Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso".

Como en el caso del artículo 127, tenemos otro antecedente del actual artículo 22 constitucional, por virtud del cual se tutelaba a la persona sujeta a un proceso, protegiéndola en sus derechos humanos.

"Artículo 150. Nadie podrá ser detenido, sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente".

Al parecer, en este caso, encontramos un antecedente de lo que es ahora el artículo 16 constitucional.

"Artículo 151. Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas".

Este precepto, constituye, sin duda alguna, el antecedente del artículo 19 constitucional en vigor, con la diferencia de que hoy tiene esa atribución la autoridad judicial de dictar el llamado auto de término, dentro del plazo de setenta y dos horas.

"Artículo 152. Ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de las casas, papeles y otros oficios de los habitantes de la República, si no es en los casos

expresamente dispuestos por la ley y en la forma que ésta determine".

Antecedente también, de nuestro artículo 16 constitucional es el precepto antes reproducido que se refiere, esencialmente, a las ordenes de cateo, y a que desde esa época se protegía al gobernado en contra de actos de autoridad que pudieran ser constitutivos de arbitrariedades, por lo cual, se prohibía que se realizaran tales actos, si no era por medio de un mandamiento debidamente fundado y motivado.

"Artículo 153. A ningún habitante de la República se le tomará juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales".

Desde luego, en ese entonces existía la garantía que se contiene actualmente en el artículo 20, fracción II constitucional, el que también resulta, en forma evidente, que es un antecedente.

También disponía el artículo 161 de la propia Constitución que los Estados de la Federación tenían la siguiente obligación: "De proteger a sus habitantes en el uso de la libertad que tienen de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación anterior a la publicación; cuidando siempre de que se observen las leyes generales de la materia". Ciertamente es que este precepto también constituye una garantía que hasta la fecha persiste (artículo 7 constitucional), solamente que

ahora la diferencia estriba en que la libertad consagrada en ese precepto puede ser sobre cualquier materia y no solo se contrae a la materia política.

Finalmente, cabe resaltar con ello, que si bien es cierto, que se establecieron diversas garantías en favor de los gobernados, tal y como hemos visto, también lo es, que aunque se otorgaron facultades a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las infracciones que se cometiera a la Constitución, según se previniera en la ley; tal protección, en caso de violación a las garantías, no podía ser reparada porque la ley a que aludía la Constitución, nunca se expidió.

Con respecto a la primera vigencia de la Constitución Federal de 1824 fue realmente breve y terminó colapsandose en el marco de la lucha de los grupos políticos en un Estado mexicano en proceso de formación.

En el año de 1835 se desconoció la Constitución de 1824 y, en su lugar se dictaron siete leyes constitucionales a las que, en su conjunto se les conoce como la Constitución Centralista de 1836.

La primera de estas leyes, dictada el 15 de diciembre de 1835, fue una declaración de Derechos Humanos y de obligaciones y deberes de los mexicanos. Entre otras garantías se establecieron varias de las correspondientes al proceso penal, la forma en que deberían practicarse los cateos, la garantía de legalidad, la libertad de tránsito, la libertad de imprenta.

Sin embargo, pese al reconocimiento de dichos derechos, se restablecieron los fueros y privilegios del clero, la milicia y las clases económicas mas poderosas; se quebró el principio de sufragio universal, que venia desde la Constitución de Apatzingán y se estableció que solo podrian votar los que supieran leer y escribir; se postulo la intolerancia religiosa, aceptando como religión única a la católica, etcétera.¹⁰

Mas tarde, al firmarse las Bases de Tacubaya, el 28 de septiembre de 1841, concluyó la vigencia de la Constitución de las Siete Leyes. En dichas Bases se previo la convocatoria para un nuevo Congreso Constituyente para que organizara a la nación. Santa Anna fue designado nuevamente presidente y Bustamante abandono el territorio nacional.

El 10 de abril de 1842 se llevaron a cabo las elecciones para el Congreso Constituyente habiendo favorecido la mayoría a los liberales moderados.

Debido a la rivalidad con Santa Anna y la discusión federalismo-centralismo, no pudo la Comisión de Constitución elaborar un proyecto único. Mas tarde el gobierno desconoció al Congreso y en su lugar integro una Junta de Notables que habria de dictar, el 12 de junio de 1843, *Las Bases de Organización Política de la República Mexicana*, que significaron un recrudescimiento del régimen centralista y que

¹⁰ Tena Ramirez, Felipe, "Leyes fundamentales de México 1808-1989", pp.205-208.

anulo la declaración de Derechos Humanos de la Constitución de 1836, dentro de uno de los periodos mas tormentosos que registra la historia de México.

En plena intervención norteamericana, otro Congreso Constituyente, el 18 de mayo de 1847, sanciono el Acta Constitutiva y de Reformas. Mediante dicha acta se puso en vigencia nuevamente la Constitución Federal de 1824, incorporándole algunas modificaciones.

Resulta importante señalar que ante el hecho de que la Constitución de 1824 no contenía un capitulo sobre Derechos Humanos, el artículo 5o. del Acta estableció:

"Para asegurar los derechos del hombre, que la Constitución reconoce, una ley fijara las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República y establecerá los medios de hacerlas efectivas".

Sin embargo, la fama que goza la Constitución Federal de 1847, también conocida como Acta de Reformas de 1847, no se debe a la declaración del artículo 5o. sino a la previsión del artículo 25 en el que se establecieron las bases del juicio de amparo con la reputada "Formula Otero" que versa sobre los efectos de la sentencia de amparo:

"Los tribunales de la Federación ampararan a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes

constitucionales, contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare”.

3.1.2. Constitución de 1857

La Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 es el resultado del enfrentamiento entre dos ideologías, liberales y conservadores, entre los partidarios del cambio, del progreso, de la libertad, de la igualdad y de la democracia, y los sostenedores de la reacción, del retroceso, de la represión, del fuero, del privilegio y de la oligarquía.

Así, a mediados del siglo XIX, los liberales, estaban dispuestos a morir por la Patria, basándose, principalmente, en los valores del ser humano a través de un ordenamiento jurídico que terminaría con esa cadena de luchas que a lo único que llevaban era al menoscabo del país.

Gracias al Plan de Ayutla, promulgado el 1 de marzo de 1854, que no solo ayudo a derrotar a uno de los hombres mas nefastos de la historia mexicana, sino que también se logro que el 18 de febrero de 1856, se instalara en la Ciudad de México, el ultimo Congreso Constituyente del siglo pasado, el que dio origen a la Constitución de 1857.

El contenido de dicha Constitución tenía una de las mas grandes manifestaciones sobre Derechos Humanos, que hasta ese momento había existido. Por lo que por primera vez habría un documento con una serie de derechos a los que todo ser humano tendría acceso.

La Constitución de 1857 establece los Derechos del Hombre en la sección I, Título I, debiendo hacer notar que el artículo 1o., contiene el corte individualista que caracterizó a dicha Constitución como se puede advertir de su redacción que decía así:

"Artículo 1o. El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución."

De igual manera, citar en sus artículos 2 al 28 diversas garantías que se encuentran, también, consagradas en nuestra Constitución vigente, razón por la cual, es innecesaria la transcripción de todos y cada uno de los preceptos que contienen las garantías individuales, limitándonos a señalar que garantías son las que se encontraban insertas en la citada Constitución y su relación con la actual. En este orden de ideas, el artículo 2o. establece la misma garantía

de libertad que consagra el numeral 2o. actual; el artículo 3o. contiene, al igual que el actual, el derecho a la enseñanza o libertad de educación, con la diferencia de las reformas que se le han efectuado al que ahora nos rige; los artículos 4o. y 5o. se referían a la libertad, al igual que los numerales del texto original de la Constitución de 1917, mas a raíz de la reforma que se realizó a la Constitución vigente en el artículo 4o. pasando su texto al actual dispositivo 5o., se consagró la igualdad jurídica de la mujer en relación al varón; los artículos 6o. y 7o. son del mismo tenor de la Constitución actual y se refieren a la libertad de expresión de las ideas y la de imprenta, respectivamente; el artículo 8o. consagraba, al igual que el actual, el derecho de petición; el artículo 9o. contiene el derecho de asociación, en la misma forma que el vigente; el numeral 10 contenía la libertad de posesión y portación de armas; la libertad de tránsito se estableció en el artículo 11 de la misma forma que el actual; los artículos 12 y 13 son los mismos que en la actualidad, estatuyendo la garantía de igualdad; el artículo 14 también se contiene en el que, en la actualidad, se encuentra en vigor, con la diferencia de que ahora se contienen los párrafos tercero y cuarto, que consagran las garantías de seguridad jurídica, consistentes en la exacta aplicación de la ley en materia penal y la aplicación de la ley en materia civil; el texto del artículo 15 tiene el mismo contenido que el actual, que postula la

garantía de seguridad jurídica; el artículo 16, de la Constitución que se analiza, se encuentra contenido en el actual 16, diferenciándose en que en éste último, se establecen los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión y de cateo; en cuanto al artículo 17, se indica prácticamente la misma garantía de seguridad jurídica en favor del gobernado, tal y como aparecen ahora en la Constitución que nos rige.

Se debe mencionar que el Congreso Constituyente tuvo que enfrentar situaciones delicadas con respecto a la libertad de enseñanza y a la libertad de cultos, ya que en ese tiempo la Iglesia tenía gran influencia en materia educativa.

Con respecto a la libertad de cultos hubo una gran polémica entre conservadores y liberales, por lo que al final se aprobó el Artículo 123:

"Artículo 123. Corresponde exclusivamente a los poderes federales ejercer, en materia de culto religioso y disciplina externa, la intervención que designen las leyes."

3.1.3. Constitución de 1917.

En México se inicia una nueva etapa con la promulgación de la Constitución de 1917, en la cual se da la primera Declaración de los Derechos Sociales del mundo. Nuestra Constitución recogió una serie de derechos inspirados en el ideal de la justicia social: dar mas a los que menos tienen.

Desde la publicación de las primeras reformas constitucionales en el Diario Oficial, han servido para fortalecer el régimen de los Derechos Humanos. Dentro de los principales Derechos Humanos que se han incluido en el texto original de la Constitución de 1917 tenemos:

- La igualdad jurídica de la mujer y el hombre (artículo 4o., diciembre de 1974).
- La protección legal en cuanto a la organización y desarrollo de la familia (artículo 4o., diciembre de 1974).
- El derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el numero y espaciamento de los hijos (artículo 4o., diciembre de 1974).
- El deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades de la salud física y mental (artículo 4o., marzo de 1980).
- El derecho a la protección de la salud (artículo 4o., febrero de 1983).

- El derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa (artículo 4o., 1983).
- El derecho a la información (artículo 6o., diciembre de 1977).
- Que los tribunales emitan sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial (artículo 17, de marzo de 1987).
- Readaptación social del delincuente a través del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación (artículo 18, febrero de 1965).
- Las mujeres compurgaran sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto (artículo 18, febrero de 1965).
- Establecimiento de instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores (artículo 18, febrero de 1965).
- Posibilidad de traslado a nuestro país de reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros y, a su vez, posibilidad de traslado de reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal, o del fuero común en el Distrito Federal, a su país de origen o residencia (artículo 18, febrero de 1977).
- El monto de la fianza será fijado por el juez y en ningún caso será superior de la cantidad equivalente a la

percepción de dos años de salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Salvo las excepciones que marca la propia Constitución (artículo 20, de diciembre de 1948 y de enero de 1985).

- La libertad bajo caución se otorgara en aquellos en que el delito sea castigado con una pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión (artículo 20, diciembre de 1948 y enero de 1985).

4. OBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE.

Ya se ha precisado lo que se entiende por garantía individual; a continuación, se examinarán las garantías individuales que se encuentren insertas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Previamente al estudio de la cuestión que motiva este apartado, deben formularse ciertas consideraciones con el objeto de no incurrir en confusiones con posterioridad.

El concepto de garantía individual y el de los derechos humanos están estrechamente vinculados por la relación que guardan entre sí. Ahora bien, todo hombre por el solo hecho de serlo, tiene a su alcance ciertos derechos, tales como la vida, la libertad, los medios para adquirir y poseer la propiedad y buscar y conseguir su felicidad y la seguridad.

El ilustre jurista Don José María Lozano apunta en relación con los derechos del hombre; "El hombre ha nacido para la sociedad, en la que encuentra los medios mas propios para su conservación, su desarrollo y su perfeccionamiento. Inteligente y libre, es señor de sus facultades, dueño de sus acciones y responsable por ellas. En el seno de la sociedad, su libertad natural se encuentra limitada, unas veces por el derecho individual, otras por el derecho de la sociedad toda, que lo tiene perfecto para procurar su conservación, bienestar y su desarrollo progresivo. De esta manera, el hombre, salvo en casos excepcionales, no puede ser juez de su

propio derecho y recurre a la sociedad para hacerlo efectivo. La sociedad tiene, por lo mismo, el deber de proteger a cada uno de sus individuos, asegurando a todos el goce perfecto y tranquilo de sus derechos. Tal es la alta misión del poder público que en nombre de la sociedad y como su mandatario debe llenar aquel objeto."¹¹

En este orden de ideas, si los derechos del hombre que son indispensables para su desarrollo van aparejados al mismo, no pueden ejercerse solamente en su interior, sino que tiene que realizarlos ante la sociedad, y es a través del poder público que tales derechos deben ser reconocidos en la Carta Fundamental, pues el ejercicio de los mismos no puede dejarse al arbitrio ni del hombre ni del poder público, toda vez que si así fuese no se encontrarían limitantes ni al derecho de los gobernados ni a las atribuciones que el Estado tiene como tal. Es precisamente al reconocer los derechos humanos del individuo cuando surge el concepto de garantía individual, porque esos derechos quedan plasmados en la Ley Suprema y el Estado y sus autoridades tienen la obligación de respetarlos.

Para corroborar lo anterior, es importante mencionar el criterio que sostiene el citado ex-Ministro de la Corte de Justicia, Luis Bazdresch, quien sostiene: "Los derechos humanos son las facultades que los hombres tienen, por razón de su propia naturaleza, de la naturaleza de las cosas y del

¹¹ Lozano, José María, "Tratado de los Derechos del Hombre", p.46.

ambiente en que viven para conservar, aprovechar y utilizar libre, pero lícitamente, sus propias aptitudes, su actividad y los elementos de que honestamente puede disponer a fin de lograr su bienestar y su progreso personal, familiar y social.

Las garantías de los derechos del hombre son las distintas prevenciones que la soberanía ha impuesto en la ley constitutiva del Estado, como limitaciones y obligaciones en la actuación de los órganos gubernativos, dentro del marco de las leyes, los derechos humanos declarados en la misma ley constitutiva."¹²

A continuación analizaremos los derechos humanos que se encuentran consignados en la Constitución Federal a título de garantías individuales.

Las garantías individuales consagradas en la Constitución General de la República están clasificadas en:

- I. Garantías de Igualdad.
- II. Garantías de Libertad.
- III. Garantías de Propiedad.
- IV. Garantías de Seguridad Jurídica.

¹² Bazdresch, Luis, "Garantías Constitucionales", p.34.

4.1. Garantías de Igualdad.

El maestro Isidro Montiel dice: "La igualdad como garantía individual; se refiere al derecho que todos los hombres tienen para ser juzgados por unas mismas leyes que constituyen el derecho común, fundados sobre reglas generales y no sobre prescripciones excepcionales de puro privilegio."¹³

El jurista Rafael de Pina no habla propiamente de la igualdad como garantía individual, pero debe tomarse en consideración que define qué debe entenderse por igualdad ante la ley, aseverando: "Trato igual en circunstancias iguales, que significa la prohibición de toda decisión o norma legal de carácter discriminatorio por parte de los órganos estatales."¹⁴

De lo anterior se advierte, que aún y cuando el maestro De Pina hable de igualdad ante la ley, es notorio que se refiere a la igualdad como garantía individual, y si en el apartado que antecede se indica que existe una relación jurídica entre el gobernado y el Estado y sus autoridades, teniendo estos la obligación de respetar los derechos inherentes al hombre, de esta manera, debe considerarse que la garantía de igualdad es una relación jurídica que media entre el gobernado por una parte, y el Estado y sus autoridades por la otra, y que constituye el contenido de los derechos que de dicho vínculo se derivan , y por ende, el

¹³ Montiel y Duarte, Isidro, "Estudio sobre las Garantías Individuales", p.63

Estado tiene la obligación de tomar en cuenta a todos los gobernados que tienen la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones, bajo el aspecto de la personalidad humana y que se encuentran todos en una misma situación jurídica, es decir, dentro de un mismo plano sin distinción alguna.

Las garantías de igualdad que se consagran en la Constitución Federal en su parte dogmática, son las previstas en los artículos 1o., 2o., 4o., 12 y 13, mismos que a la letra dicen:

Artículo 1o. Respecto de este numeral ya se transcribió en el apartado que antecede, razón por la cual se hace innecesaria su reproducción.

"Artículo 2o. Se prohíbe la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán por ese solo hecho su libertad y la protección de las leyes."

"Artículo 4o. La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, cultos, usos, costumbres recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean

¹⁴ De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho", p.291.

parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

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

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

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

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

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

Reciente, es la reforma inserta al artículo 4o. párrafo primero, como una garantía de igualdad en favor de la clase más desprotegida que existe en nuestro país y que son los indígenas, es por ello, que a iniciativa del Poder Ejecutivo

de la Unión se decidió elevar a rango constitucional esta garantía.

También es importante señalar la adición que se hizo del párrafo sexto del mismo artículo, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de marzo de 1980, con el propósito de elevar a precepto constitucional, la obligación que los padres tienen de satisfacer las necesidades de los hijos y preservar su salud, física y síquica.

La Constitución garantiza al hombre y a la mujer la libertad de tener hijos, en el número que ellos decidan, pero les impone la obligación de procrear con sentido de responsabilidad. Los hijos requieren educación, cuidados de toda índole, cariño, compañía; los padres están obligados a proporcionarles esas atenciones, a fin de formar hombres y mujeres sanos, fuertes, equilibrados y felices. De aquí que la ley llame la atención sobre la responsabilidad que la pareja tiene cuando decida dar vida a un nuevo ser humano. La paternidad no debiera ser nunca un acto producto del azar, sino resultado de un deseo cuyas consecuencias estén, el hombre y la mujer por igual, dispuestos a enfrentar con entusiasmo, conscientes de la importancia que alcanza, para ellos y para el país, su actitud como padres.

Es por ello, motivo de este trabajo plantear la propuesta a la necesidad de reformar el artículo 4o. constitucional, párrafo sexto, para darle mayor protección al

menor, y sobre todo, evitar el maltrato de cualquier naturaleza sobre su persona. En relación con lo anterior, se analizará de una forma mas profunda la reforma propuesta al mencionado artículo.

"Artículo 12. En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas ni honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país."

"Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero común, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda."

4.2. Garantía de Libertad.

El Dr. Ignacio Burgoa comenta: "La libertad, traducida en esa potestad o facultad propia de la persona humana de elegir fines y medios vitales, presenta dos aspectos fundamentales establecidos en razón del ámbito donde aquella se despliega. En primer lugar, la selección de objetivos

vitales y de documentos y de conductos para su realización puede tener lugar inmanentemente, esto es, sólo en el intelecto de la persona sin trascendencia objetiva. En este caso, la potestad electiva no implica sino una libertad subjetiva o sociológica ajena al cambio del derecho. En segundo término como el individuo no se conforma con conseguir los fines y medios respectivos para el logro de su bienestar vital, sino que procura darles objetividad externandolos a la potestad que tiene la persona de poner en práctica trascendentalmente tanto los conductos como los fines que se ha forjado."¹⁵

Asimismo, el autor en cita al referirse a la libertad como garantía individual, apunta: "... La libertad individual como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió en un derecho público cuando el Estado se obligó a respetarla."¹⁶

En las relacionadas condiciones, debe decirse, que la libertad como garantía individual nace en principio de esa facultad propia del individuo que tiene para realizar los fines y objetivos que se haya fijado, dentro de la sociedad en que se desenvuelve y que reconocida por el estado se convierte en una garantía individual, pues es éste el que tiene la obligación de respetar ese goce y disfrute del gobernado, que es titular de tal garantía.

¹⁵ Burgoa, Ignacio, "Las Garantías Individuales", p.304.

¹⁶ Idem. p.309.

Ahora bien, la Constitución Federal establece las siguientes garantías de libertad:

- a) La libertad de enseñanza contenida en el artículo 3o.
- b) La libertad de trabajo consagrada en el artículo 5o.
- c) En la especie, cabe hacer notar que la libertad de trabajo no es absoluta, sino que tiene limitaciones que son las siguientes:

1. Exige que el trabajo, comercio, industria o profesión a que se dedique una persona, tiene que ser necesariamente lícito.

2. El ejercicio de dicha libertad sólo podrá vedarse: por determinación judicial, cuando se ataquen derechos de terceros o por resolución gubernamental, dictadas en los términos que marca la ley, cuando no ofendan los derechos de la sociedad.

3. La ley determinará cada Estado, cuales son las profesiones que requieren título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. En este punto, resulta conveniente aclarar que también en las diversas profesiones puede ejercerse la profesión aún sin título, pero sólo por un determinado tiempo, concretamente hasta tres años tal y como es el caso de los pasantes.

4. Se previene que los servicios públicos son obligatorios solamente en los términos que indiquen las leyes

respectivas, el de las armas y el de los jurados, así como el desempeño de los cargos consejiles y los de elección popular, directa o indirecta, las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito; los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuíbles en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale. Esta limitación contempla el tercer párrafo del artículo 5o., es una excepción al principio que establece el propio precepto en cuanto a que a las personas que se les obliga a prestar un trabajo aún y cuando no quieran hacerlo.

d) La libertad de expresión de las ideas o de emisión del pensamiento se encuentran establecidas en el artículo 6o. constitucional.

e) La libertad de imprenta que se encuentra decretada en el artículo 7o. de la constitución Federal.

f) El derecho de petición que es una garantía específica de libertad que previene el artículo 8o. de la Ley Fundamental.

g) Libertad de asociación y reunión que la Constitución consagra en el artículo 9o.

h) Libertad de posesión y Portación de armas regulada en el artículo 10 de la Constitución.

i) La libertad de Tránsito establecida en el artículo 11 constitucional.

j) Libertad de creencias religiosas que prevé el artículo 24 de la Constitución.

k) Libertad de libre concurrencia que se contiene en el artículo 28 constitucional.

4.3. Garantía de Propiedad.

Se encuentra contenida en el artículo 27 de la Constitución Federal.

El jurista Araujo Valdivia en relación con la propiedad afirma que: "...es un derechos real que tiene una persona sobre una cosa para disponer de ella total o parcialmente, con exclusión de cualquier otra, amparada en los derechos de persecución y de preferencia."¹⁷

Ahora bien, la propiedad como garantía individual, el Dr. Burgoa la considera como: "Un derecho público subjetivo cuando pertenece al gobernado como tal y es oponible al estado y sus autoridades, ya no bajo su indole personal de personas no soberanas, sino como entidades de imperio de autoridades."¹⁸

En base a lo anterior, se puede decir que la propiedad privada como garantía individual consiste en un derecho público subjetivo en cuanto pertenece al gobernado como tal y es oponible al Estado y sus autoridades como entidades de imperio de autoridad, o sea, que acorde al concepto de garantía individual, el Estado y sus autoridades tienen el deber de abstenerse de efectuar cualquier acto que lesione la

¹⁷ Araujo Valdivia, Manuel., "Derecho Civil", p.433.

¹⁸ Burgoa, Ignacio, "Las Garantías Individuales", p.459.

propiedad de un gobernado y que por ende, tiene que respetar la garantía otorgada en la Constitución en favor del mismo.

Como la garantía que hemos analizado con anterioridad, también la que se estudia tiene sus limitaciones. Al respecto, cabe afirmar que si bien es cierto que el estado tiene el deber de respetar la propiedad privada de un individuo, es una relación de supra a subordinación, también lo es que ese respeto no es absoluto, toda vez que el Estado tiene la facultad de imponerle todas las modalidades que dicte el interés público.

La facultad de imponer modalidades a la propiedad privada de acuerdo con el interés público compete única y exclusivamente al Congreso de la Unión.

La segunda limitación se encuentra contenida en el propio artículo 27 párrafo segundo, que es la figura de la expropiación que es aquella limitación del derecho de propiedad en virtud de la cual el dueño de un bien mueble o inmueble queda privado del mismo mediante previa indemnización, en beneficio del interés público.

También se ha dicho que la expropiación, es un acto autoritario expropiatorio que consiste en la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien decretado por el Estado, el cual lo adquiere mediante indemnización y por causa de utilidad pública.

Asimismo, dentro de lo que establece el artículo 27 constitucional en sus fracciones I, II, III, IV, V y VI se encuentran otras limitaciones al ejercicio de esta garantía.

4.4. Garantías de Seguridad Jurídica.

El ex-ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Luis Bazdresch dice: "La garantía en derecho humano de seguridad jurídica protege esencialmente en la dignidad humana y el respeto de los derechos personales, patrimoniales y cívicos de los particulares en sus relaciones con la autoridad... e incluye un conjunto bastante extenso de prevenciones constitucionales que tienden a producir en los individuos la confianza de que en sus relaciones con los órganos gubernativos, éstos no procederán arbitraria ni caprichosamente, sino de acuerdo con las reglas establecidas en la ley como normas del ejercicio de las facultades de los propios órganos, los cuales necesitan de las facultades de los propios órganos, los cuales necesitan estar creados en una disposición legislativa y sus atribuciones necesitan a su vez estar definidas en los textos legales o reglamentarios expresos."¹⁹

Así las cosas, para que el Estado pueda afectar validamente los derechos personales o patrimoniales del gobernado en las relaciones que tenga con éste de supra a subordinación, necesariamente debe observar las condiciones,

requisitos, elementos o circunstancias previas contempladas en nuestra Constitución, de donde resulta una obligación a cargo del estado para que en un momento determinado pueda afectar la esfera jurídica del gobernado, es decir, dicha obligación será de carácter positivo, pues así lo ordena la Ley Fundamental.

Las garantías de seguridad jurídica se encuentran contempladas en el artículo 14 que prevé cuatro garantías específicas de Seguridad Jurídica:

1. Garantía de la irretroactividad de la ley.
2. Garantía de Audiencia.
3. Garantía de Exacta Aplicación a la Ley en Materia Penal.
4. Garantía de Legalidad en Materia Jurisdiccional Civil.

En tanto que el artículo 16 de la Constitución Federal establece una serie de garantías de seguridad jurídica, en el cual la ley fundamental consagra el principio de competencia constitucional de legalidad.

Otras garantías de seguridad jurídica que se encuentran contempladas en la Carta Magna, son las que se mencionan a continuación:

a) La establecida en el artículo 15 que señala una garantía de seguridad jurídica, por una parte en favor de los que tengan carácter de reos; y por otro lado, en favor de

¹⁹ Bazdresch, Luis, "Garantías Constitucionales", p.162.

cualquier habitante o ciudadano; esto en cuanto a la celebración de Tratados Internacionales.

b) La contenida en el artículo 17 de la Constitución, en la cual prohíbe que una persona sea aprisionada por deudas de carácter puramente civil.

Es en los artículos 18, 19, 20, 21 y 23 de la Constitución donde se previenen garantías de seguridad jurídica que contemplan una serie de hipótesis en favor del gobernado que se encuentra sujeto a un proceso penal, por lo que se trata de garantías consagradas a favor de personas que resultaron ser en un momento determinado presuntamente responsables de un delito o bien que ya se les haya declarado penalmente responsables de haberlo cometido, habiéndose seguido un proceso penal en su contra.

En el artículo 22 constitucional se regula otra garantía de seguridad jurídica en favor de los gobernados al prohibirse la pena de muerte, la mutilación, la infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

Garantía ésta, que encuentra su limitación en la imposición de la pena de muerte que sólo podrá aplicarse en

los casos específicos que expresa el propio artículo 22, mas haya que hacer notar que las legislaciones penales del país han suprimido la pena de muerte, por lo cual en México no existe.

5. EL MENOR MALTRATADO EN SUS DIFERENTES CONCEPCIONES.

5.1. Concepto del menor.

En primer término analizaremos el concepto del menor desde un punto de vista sociológico: "el menor es una persona inmadura. Propiamente comprende la vida humana desde el nacimiento hasta la adolescencia."²⁰

Desde el punto de vista biológico se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena. El periodo de vida humana se extiende desde el nacimiento hasta la adolescencia.

Cabe aclarar que la niñez termina con la llegada de la pubertad o adolescencia que se define esta como "fase del desarrollo psicofisiológico de todo individuo que comienza desde los doce años con la aparición de una serie de modificaciones morfológicas y fisiológicas que la caracterizan. En términos generales la pubertad se presenta en la mujer entre los diez y once años, en el varón entre los doce y trece años. Esto viene a resumir que la adolescencia generalizada esta comprendida entre los once y diecisiete años, ya sea hombre o mujer que tiene la posibilidad de procrear, esto es que, de la pubertad proviene dicha posibilidad.

Al hablar del niño jurídicamente estamos hablando de un menor de edad. Palabra que proviene del latín *Minor, Natus*,

²⁰ "Diccionario de Sociología", p.200.

referido al joven de pocos años, no huérfano necesariamente, sino digno de protección, pues esta última voz proviene a su vez de *PUPUS* que significa niño.

Con relación al Diccionario Jurídico Mexicano, la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos, en tanto que, la viabilidad, "es aquello que puede vivir. Recientemente la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, ha considerado que el feto es viable a las veintidós semanas de gestación".²¹

Para los efectos legales, es necesario precisar en que momento se establece la viabilidad jurídica, es decir, el instante en que el ser nace como persona, a la vida jurídica.

Según se establece en el artículo 337 del Código Civil: "Se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil".

Por su parte el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal establece que, aún antes del nacimiento, desde el momento de su concepción, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en dicho ordenamiento legal. Es la conocida Teoría del Nasciturus (el que está por nacer), la que establece que en tanto no nazca con determinados requisitos, no tiene

²¹ Grandini González, Javier, "Medicina Forense", p.129.

personalidad para el derecho, y por lo tanto no es sujeto de derechos y obligaciones.

El maestro Galindo Garfias nos menciona en su obra de Derecho Civil, que el derecho tan sólo conserva a favor del Nasciturus, la expectativa de derechos que está en posibilidad de adquirir, estableciendo que se le tendrá por nacido desde el momento de la concepción. El nacimiento, es el hecho jurídico que le hará adquirir la categoría de persona.

En cuanto a la protección que se le concede al ser concebido, pero no nacido, ésta comprende la posibilidad de ser constituido heredero y la posibilidad de ser designado legatario o recibir donaciones (artículo 2357 del Código Civil para el DF).

De la misma manera y para proteger la vida del feto, el Derecho Penal establece la figura delictuosa del Aborto provocado y castiga con pena corporal ese hecho punible.

5.2. ¿Que es el maltrato?

Según el maestro Alfred Kadushin define el maltrato: "Como un daño físico, no accidental al niño, infringido por personas responsables de su cuidado".²²

Para la autora Carmen Anderson el maltrato es: "El daño no accidental que causa o crea un riesgo considerable de

²² Kadushin, Alfred, "El niño maltratado", p.28.

provocar desfiguraciones, deterioro del funcionamiento corporal u otros daños físicos graves."²³

Para Vicente Fontana, en su obra titulada (En defensa del niño maltratado), maltrato es: "las laceraciones en tejidos blandos, las abrasiones, quemaduras y hematomas en cualquier parte del cuerpo de un niño que deben despertar sospechas del médico."²⁴

Con base en lo anterior podemos formular una definición propia del maltrato: El maltrato es todo daño causado de forma consciente, a un ser humano.

5.3. ¿Que es un menor maltratado?

Ya definidos los conceptos, tanto del menor, como del maltrato, estamos en posición de dar una definición acerca del tema fundamental de la presente tesis, la definición del menor maltratado, para lo cual empezaremos por analizar las definiciones de los siguientes autores:

a) Zassman y Cohen definen al niño descuidado como sigue: "Un niño descuidado significará aquél que está siendo seriamente perjudicado física o mentalmente, como resultado de las faltas de las personas encargadas de su cuidado o de otras encargadas de controlar al niño de forma transitoria o permanente, para proporcionarle cariño, amparo, alimentación,

²³ Posada, "El niño ¿Presente sin futuro?", México, 1976.

²⁴ Fontana, Vicente, "En defensa del niño maltratado", Ed. Pax, México, 1979.

protección física o el cuidado médico necesario para sostener la vida y la salud del niño."²⁵

Es decir, se puede hablar sobre la diferencia que existe entre los niños descuidados o apaleados y los niños maltratados, en base a la severidad del daño causado. Se considera al niño maltratado como "aquellos niños muy pequeños que se encuentran hospitalizados, que habían sido lesionados severamente y que requieren atención médica."²⁶ Mientras que los niños apaleados, sufren daños físicos limitados que no requieren atención médica. Respecto de esta definición no me encuentro de acuerdo con ella, ya que considero que el maltrato implica lesiones de cualquier tipo, sin importar si necesitan los pequeños atención médica o no, ya que muchas veces, aunque los niños requieren atención médica no se les brinda. Por esto no considero que sea determinante para calificar una acción como maltrato el hecho de que requiera o no la atención médica, ya que la violencia hacia los niños incluye la provocación de lesiones a cualquier nivel de severidad, o gravedad, según el tratamiento jurídico penal de las lesiones.

Por otra parte, en México el maltrato a los niños es un estilo de educarlos, muy arraigado de nuestra cultura, por lo que el autor Kadushin menciona: "Nuestra aceptación casual

²⁵ Johnston, I. D., "Abuso y negligencia hacia los niños", p.236.

²⁶ Kadushin, Alfred, "El niño maltratado", p.19.

de la violencia, junto con el concepto de omnipotencia paterna, es responsable del predominio del castigo corporal y de cualquier castigo al niño.²⁷ Lo que provoca que se pierda de vista la diferencia entre los términos disciplina y maltrato, utilizándolos indistintamente.

b) Vicente Fontana, sostiene que "los padres maltratan a sus hijos no para corregirlos, sino para desahogar en ellos su furia y frustraciones.

Es decir, el padre que disciplina lo hace pensando en el bienestar y los mejores intereses de los niños, mientras el que maltrata, esta complaciéndose a sí mismo."²⁸

c) El concepto de maltrato infantil de Marco Antonio Sosa, nos dice:

"Necesariamente tenemos que referirnos al factor violencia, al elemento destructivo y agresivo como componente indiscutible del ser humano, pasando desde las manifestaciones mas abiertas e individuales hasta los fenómenos sociales mundiales."²⁹ Bajo este orden de ideas, dicho autor, con su definición de niño maltratado, parece justificar dicha situación al manifestar que el hombre es un ser violento y es de así esperarse su actuar, en el que, el niño es solo el receptor del maltrato.

²⁷ Kadushin, Alfred, "El niño maltratado", p.21.

²⁸ Kadushin, Alfred, "El niño maltratado", p.58.

²⁹ Memoria, Seminario. Manejo actual del niño maltratado en México. DIF, México. p.33-35.

d) El concepto de niño maltratado del autor Cesar Augusto Osorio y Nieto, nos dice que el niño maltratado es "la persona humana que se encuentra en el periodo de vida comprendido entre el nacimiento y el principio de la pubertad, objeto de acciones u omisiones intencionales que producen lesiones físicas o mentales, muerte o cualquier otro daño personal, provenientes de sujetos que, por cualquier motivo, tengan relación con ella."³⁰ Del anterior definición podemos desglosar las siguientes características:

ACCIONES U OMISIONES.- Es decir, el niño es el destinatario de determinadas conductas que consisten en actos u omisiones, ya que en el maltrato, el daño puede producirse no solo mediante la actividad corporal (golpes), sino también mediante abstenciones u omisiones (no dar alimentos o dejar de atender al niño), aclarando que estas acciones deben ser intencionales, es decir se deben realizar como resultado de la voluntad consciente, clara, definida y determinada, sobre todo enfocada hacia la realización del hecho de maltratar al niño siendo por lo tanto una conducta dolosa.

Considero así, que los malos tratos a los niños requieren siempre de la presencia del dolo, ya que estimamos que la actitud mental del agresor es invariablemente de intencionalidad, así analizando el dolo es: actúa dolosamente

³⁰ Memoria, Seminario. Manejo actual del niño maltratado en México. DIF, México. p.12.

no solo quien quiere el resultado o daño (dolo directo o de intención), sino quien, sin quererlo, lo acepta por habérselo representado mentalmente y ser consecuencia normal de la conducta realizada (dolo indeterminado).

Zessman y Cohen opinan que no todo maltrato debe reportarse, ya que solo deberá entenderse maltrato digno de ser reportado a las autoridades competentes, si el maltrato cumple con los siguientes requisitos: "Un menor maltratado será:

1. Una persona menor de 18 años,
2. Que esté sufriendo un daño físico serio o molestias sexuales,
3. Por parte de otros que tengan el control corporal o permanente sobre el."³¹

Opina Gulotta³² que un concepto como el de maltrato presenta un conjunto de significados extremadamente amplios, que aluden a un complejo espectro de comportamientos sobre los cuales se pueden producir zonas muy amplias de superposiciones y coincidencias. Ellos son:

- La agresión física;
- La perturbación y violencia sexual;
- La negligencia en lo que respecta a la alimentación la salud y la protección;

³¹ Memoria, Seminario. Manejo actual del niño maltratado en México. DIF, México. p.64

³² Gulota, Guglielmo, "Famiglia e violenza", p.18.

- La violencia psicológica;
- El abandono físico;
- El abandono emocional.

e) Una definición en sentido amplio de maltrato es la que formula la autora Aurora Pérez: "Un niño, se considera como tal para este efecto, a toda persona menor de dieciocho años que es maltratado o abusado cuando su salud física o mental o su seguridad están en peligro, ya sea por acciones o por omisiones llevadas a cabo por el padre o la madre u otras personas responsables de su cuidado; o sea, que el maltrato se produce por acción. O por descuido o negligencia."³³

f) Consideramos importante destacar que Gil y Gulotta acentúan en su definición de maltrato físico el componente intencional, al señalar que el abuso físico de los niños "es el uso intencional, nunca accidental, de la fuerza física, o los actos de omisión también intencionales, por parte de un progenitor o persona a cargo en interacción con el niño, con el propósito de lastimarlo o injurarlo."

5.4. ¿En que puede consistir el maltrato?

Para Kempe la referencia al maltrato infantil supone la existencia de cuatro categorías que lo clasifican "violencia

³³ Pérez, Aurora, "El maltrato y violencia infanto-juvenil", UNICEF, 1986, p.53

física, abandono físico y emocional, maltrato emocional y explotación sexual."³⁴

La violencia física, según este autor, queda definida habitualmente "por cualquier lesión infringida: hematomas, quemaduras, lesiones en cualquier parte del cuerpo, fracturas, daños abdominales o envenenamientos."

El abandono o negligencia implica una falla del progenitor o guardador, en cuanto a actuar debidamente para salvaguardar la salud, la seguridad y bienestar del niño.

El maltrato emocional esta constituido por formas mas sutiles (que son muy corrientes) en la que los niños están permanentemente aterrorizados, regañados, o rechazados.

En relación al presente trabajo diremos que el maltrato al menor puede consistir en:

a) Maltrato físico (Comprende todo tipo de lesiones, así como también el abuso sexual).

b) Maltrato emocional.

5.5. Aspectos que influyen en los Derechos Humanos del Menor maltratado.

5.5.1. Factores Familiares (Formas de Agresión al niño en la familia)

La familia es un sistema de intercambio emocional de amor y comprensión que influye en todas direcciones y en distintos grados, en constante interacción.

³⁴ Kempe, Ruth S., y Kempe C., Henry, "Niños maltratados", p.23.

La forma en como los padres tratan a los hijos está determinada, por la recepción exacta del trato que ellos recibieron en su infancia o bien por los esfuerzos de crear una familia diferente a la que vivieron cuando eran niños.

La familia como unidad de supervivencia "tiene las siguientes metas respecto a los menores:

- a) Cuidar de los niños asegurando su subsistencia física a través de la satisfacción de necesidades materiales de abrigo, alimento y protección física.
- b) Promover lazos de afectos y de unión social que son la matriz de la capacidad de relación con otros seres humanos.
- c) Facilitar el desarrollo de la identidad personal, ligada a la identidad familiar y a la identidad social.
- d) Promover el desarrollo y la realización creativa de los menores en forma individualizada.
- e) Mantener en los niños un sentido de unión a la familia pero con un sentido paralelo de su libertad personal.

Toda forma de agresión al niño en la familia implica la frustración, el exceso o la deformación de una de las funciones mencionadas".³⁵

"Los daños ocasionados a los niños en la familia tiene diversos grados, produciendo efectos al menor, tales como:

1. La muerte.
2. Daños orgánicos permanentes debido a un descuido físico.

³⁵ Ackerman N., "Psicoterapia de la Familia neurótica", p.60.

3. Una detención, un retraso o inclusive una digresión en el desarrollo del menor, que siente que su deber es permanecer estrechamente ligado a sus padres, y no desarrollar su individualidad cada día más.

4. Un sentimiento de la personalidad a la familia, que exige que el niño sea como marioneta, sin libertad de explotar nuevas formas de actuar.

5. Ante las amenazas de la familia, el niño puede contraatacar y tratar de forzar así la satisfacción de alguna de sus necesidades. Dentro de este grupo están muchos casos de desorden agresivo de la conducta de los niños, y casos de sociopatía o delincuencia. Se establece entonces un círculo vicioso, en el que la agresión inicial de los padres determinan en el niño formas de conductas que generan mayor agresión. La violencia familiar se puede generalizar y el niño volverse contra la sociedad y convertirse en un malhechor."³⁶

Cuando en la terapia familiar participan el agresor y el agredido, es más factible modificar dicho sistema, superar los círculos viciosos de agresión y de acercarse a la posibilidad de un desarrollo más sano para los padres y los hijos.

Si los adultos son capaces de desarrollar ante los conflictos inevitables potencialidades de razón, amor,

³⁶ Foncerrada, Mario, "Maltrato físico al niño".

solidaridad e interés, y de establecer una relación productiva entre todos, la familia alcanzará sus metas.

I) El embarazo no deseado.

Respecto de la situación familiar, se presentan circunstancias que generan malos tratos a los menores, tales como cuando estos no han sido deseados, cuando provienen de uniones extramatrimoniales, cuando son adoptados o incorporados a la familia en alguna otra forma de manera transitoria o definida y cuando no se acepta su retorno a la familia original.

En forma general en las familias en las que hay niños maltratados la vida es desordenada, existe inestabilidad y desorganización en el hogar, desavenencia conyugal, problemas económicos, enfermedades, conductas antisociales, ausencia de cuidados, ropa sucia, alimentos deficientes o mal preparados, habitaciones inmundas, mala administración del dinero, desempleo, expulsiones de la escuela y por consiguiente la desintegración familiar.

El embarazo no deseado se ha definido como toda preñez que se presenta sin deseo expreso de la mujer y que despierta un sentimiento de rechazo. Dentro del término no deseado se incluyen diversos tipos que van desde los que podrían llamarse por ignorancia y accidental, hasta aquel que se realiza por el coito violento en el que la mujer no solo no

desea un embarazo, sino ni siquiera la copula con el delincuente (violación). En ocasiones el sentimiento de embarazo no deseado, por inoportuno, exceso de hijos u otros motivos, afecta también al varón y esto complica aún más la situación del niño y puede orillar a la pareja a recurrir al aborto (Código Penal, Art. 329-334).

Se puede concluir que el embarazo no deseado se presenta dentro y fuera del matrimonio, obedece a factores como ignorancia, descuido en el uso de anticonceptivos, fallas naturales de estos y violencia. Las repercusiones del embarazo no deseado se proyectan hacia la mujer gestante, al hijo, hacia la familia y la comunidad.

II) Divorcio.

El divorcio como ya sabemos es la disolución del vínculo matrimonial; ya sea porque los cónyuges no cumplen con las obligaciones inherentes a él, por la voluntad de ellos, o por la incapacidad de sobrellevarlo, al haber llegado a un punto en el cual los conflictos conyugales son intolerables.

En algunos casos el divorcio legal no afecta a los niños, si los padres acuerdan hacerles sentir a sus pequeños lo menos posible la nueva situación. Que se sientan seguros y felices. Si esto se logra, la conciliación en el divorcio mejora la crianza de los hijos porque los progenitores no andan en la casa como seres desadaptados, y puede darse el

caso que después del divorcio los progenitores se conceden quizá ciertas elementales cortesías que las criaturas toman por señales de afecto. En estos casos, nada frecuentes por cierto, los niños se limitan a preguntar por una causa la ausencia del padre. Oyen evasivas o mentiras blancas pero quizá podrían oír la verdad después de haber ellos comprobado que el divorcio no les ha suprimido al padre o a la madre.

Pero la mayoría de los casos los ex-conyuges se alejan de ese ideal o meta y por tanto el divorcio producirá perjuicios en la crianza y trato hacia los hijos, por que lo mas común es que las madres obcecadas y torpes, aumentan la desgracia de sus hijos explicándoles las causas del divorcio y las culpas del padre, sin mencionar las suyas y viceversa; asimismo califican al otro cónyuge con las peores palabras de su vocabulario, dando la sensación de que cada uno de los padres quiere comunicarle a sus hijos "no quieras a tu padre o madre", con el fin de no ligarlo amorosamente más al otro progenitor, creándole al niño una angustia irresoluble y un conflicto de lealtades.

Al demostrar el niño más afecto a un progenitor, se abre una herida sentimental en el otro, y ataca al niño motivado por el resentimiento que siente al ver el deseo de cariño que demuestra el niño hacia el otro progenitor.

El divorcio viene a crear situaciones negativas para los hijos, ya que frecuentemente los padres que no se quedan con

la custodia de los niños se desatienden por completo de ellos, saliéndose de la meta ideal para su formación.

Debemos considerar que el divorcio llena de tensiones a todos los miembros de la familia. Sea cual fuere la naturaleza del divorcio no debemos poner a los niños en medio de los problemas, los progenitores no deben cometer el error de poner a los niños en contra del padre.

III) Alcoholismo y Drogadicción.

Dos elementos en nuestras vidas están contribuyendo enormemente al número elevado de menores de edad que son maltratados en la actualidad: La afición a las drogas y al alcoholismo.

El alcoholismo es una enfermedad crónica manifestada por la frecuencia en el beber que llega a causar lesión a la salud del bebedor o en su funcionamiento social y económico.

La toxicomanía es un estado de intoxicación periódica crónica nociva para el individuo y la sociedad, ocasionado por el consumo repetido de una droga.

Para México, el problema del alcoholismo es cada vez más agudo y marca un pronunciado retroceso con épocas anteriores. En la antigua sociedad azteca, por ejemplo, solo podían emborracharse los ancianos y los prisioneros de guerra condenados a muerte y estaba severamente penado toda violación de esa norma. Hoy, el consumo del alcohol ya es

totalmente libre y México registra uno de los índices de consumo de alcohol por habitante más elevado del mundo.

Hasta hoy, el alcohol se ha transformado en producto normal de consumo en todos los países y en todas las clases sociales; y no ha cesado de ocasionar invalidez, locura, muerte y actos reprobables en relación con el maltrato de los niños; además de ser incuestionables los despidos del trabajo, las familias desintegradas, y los hijos que nacen con deficiencias mentales.

El consumo de alcohol y de drogas están asociados muchas veces. En ocasiones el bebedor busca en las drogas estímulos aún más excitantes que el alcohol y se convierten en drogadictos.

El alcoholismo experimenta la imperiosa necesidad de seguir consumiendo alcohol y de aumentar su dosis, tal como sucede con el adicto a cualquier otra droga. Si el alcohólico está preocupado con su vicio hasta el punto de ignorar a su hijos o bien no puede permitirse cuidar de ellos mientras sostiene sus propias necesidades, el toxicómano y su familia constituyen un caso mucho peor, porque el drogadicto hará hasta lo imposible por conseguir dinero, hurtar, robar, asaltar, matar; cualquier cosa, pero el dinero que obtenga no irá a la madre, a los hijos, o al hogar.

5.5.2. Factor económico.

Las presiones y las tensiones impuestas por la pobreza precipitan la incidencia del maltrato al menor; y si bien es cierto que el maltrato de menores se da en todos los niveles socioeconómicos, también es cierto que bajo condiciones de pobreza todos los problemas se exacerban.

Los sociólogos han hablado del comportamiento antisocial como un síntoma de frustración mas común en grupos que experimentan un estres social en las que, las presiones que regulan y controlan las costumbres sociales aceptadas, se ven disminuidas.

El progreso industrial, al elevar primero y luego frustrar las aspiraciones de las clases bajas, las pone en una situación especialmente vulnerable. Las familias de bajo ingreso sufren mas tensiones y agobios que las de mejor situación económica, y están sometidas a circunstancias agravantes como la propia presión económica y las tensiones relacionadas con la incapacidad del cabeza de familia para proveer lo necesario. Tales tensiones y frustraciones impulsan a cometer actos de abuso del niño que de otro modo nunca podrían ocurrir.

"La rescisión y la pobreza continua obligando a los padres a enviar a los niños de cada vez más corta edad, a buscar trabajo para mantenerse, orillando a los pequeños a olvidarse del juego y la fantasía de soñar, para enfrentarse

a una realidad cruda y en la cual los padres, inconscientes de esto, caen en los peores verdugos, pues la crisis ciega y no queda de otra que enfrentar al pequeño a la explotada faena."³⁷

"Se les puede ver caminando por las interminables calles de la ciudad de México, de mensajeros, tragando fuego, vendiendo libros, lustrando zapatos, voceando diarios, vendiendo chicles y billetes de lotería. Sus cuerpos ágiles se mueven de un lado a otro para llegar a obtener dinero que necesitan."³⁸

Como podemos observar, algunos padres que maltratan no pueden ser culpados rigurosamente, porque también ellos son víctimas de sus experiencias infantiles.

5.5.3. Factores Sociales.

I) Desempleo.

A raíz del gran desarrollo demográfico que ha tenido en los últimos tiempos el Distrito Federal, acompañado de el desarrollo económico y social, contrastando con el resto del país, se ha originado que las grandes poblaciones rurales emigren a la capital en busca de mejores condiciones de vida; pero lo único que han provocado es un fuerte desequilibrio

³⁷ Carrillo Nava, Eréndira, "Debe empezar la Justicia Social y la democracia a proteger a la niñez", Jueves de Excelsior, Año 65. No. 3437. México, 2 de junio de 1988. Revista Semanal. p.18.

³⁸ Idem. p.20.

entre la oferta y demanda de mano de obra, pues no se puede ofrecer tantos empleos como se demandan.

Es obvio que al no contar con un empleo, que les redunde recursos económicos, ni ofrecerles a sus hijos de tener una educación escolar normal; todo lo que conlleva a crear situaciones de tensión, de frustración que generan maltrato hacia los hijos como una forma de desquitar su frustración al sentirse incapaz el sujeto agresor de darle lo necesario al hijo para que tenga una infancia feliz.

II) Analfabetismo.

Otro factor social que conlleva al maltrato de los niños. Los padres al carecer de una educación elemental básica, no pueden colocarse en los empleos mas o menos remunerados, por lo que se ven en la necesidad de abaratar su mano de obra, o bien emplearse a ellos mismos en actividades denigrantes, poco dignas, con el propósito de obtener unos pesos para el sostenimiento del hogar, que muchas veces resultan insuficientes, descargando su ayuda con los gastos para el sostenimiento del hogar, dándose la deserción escolar que agrava el problema del analfabetismo.

En las líneas generales, puede decirse del problema educacional del mundo subdesarrollado refleja bajísima escolaridad, aprovechamiento insuficiente, alto porcentaje de

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

79

arrepentidos, creciente deserción, y por supuesto un avance inquietante del analfabetismo.

En este problema juegan el rol decisivo los factores socioeconómico que afecta a millones de familias y niños de las naciones pobres. Tales factores conforman una cadena de limitaciones y carencias que impiden el éxito de los programas de alfabetización y el correcto aprovechamiento de la enseñanza por parte de los niños.

Lo mismo sucede en muchos otros países del mundo, el hambre, las enfermedades y el subdesarrollo físico e intelectual, afectan a muchos millones de niños de nuestro planeta.

Esos niños viven en condiciones infrahumanas y se enfrentan a un sombrío futuro.

Constituyen el mas patético ejemplo de la niñez maltratada en el mundo.

Por otra parte el trabajo de los niños puede ser calificado como un fenómeno de anormalidad social que obedece a la deformada e injusta organización de la sociedad, ya que lo normal sería que durante el periodo de la infancia, la vida de los niños se desarrollará en función de sus necesidades formativas. Es indudable que el trabajo que realizan los niños produce efectos perjudiciales para su salud, su aprovechamiento escolar, su desarrollo sociológico y su futura actitud frente a la sociedad. En síntesis puede

generar las actitudes negativas derivadas del hecho de no haber tenido una genuina infancia.

III) Falta de servicios públicos.

También como consecuencia del gran aumento de la población, se ha ocasionado que la vivienda sea insuficiente; y que todos los asentamientos irregulares tan de moda, carecen de los mas elementales servicios públicos.

El lugar en que vive la familia posee propiedades que afectan su bienestar total. La vivienda facilitará acaso la vivienda de la familia o le ocasionará tensión.

La falta de espacio e intimidad para los niños y sus padres contribuirá a crear conflictos y tensiones, produciéndose incluso, peligros para su salud; es decir, cuando la falta de espacio va acompañada de unas condiciones de vivienda inadecuadas, digamos que carezcan de los servicios básicos, y de las instalaciones de infraestructura necesaria (agua, luz, drenaje, etc.); que no sólo impidan satisfacer las necesidades básicas del individuo, sino que constituyan además focos de enfermedad.

Los niños que viven en áreas de barrios pobres, con casas deficientes y las demás privaciones que suelen acompañar estas condiciones y se relacionan con un ingreso bajo, están mas sujetos a graves problemas de salud que los niños que viven en otras áreas; aunado ello que no existen

suficientes servicios médicos, y en muchos casos, al existir, los padres se ven imposibilitados económicamente, por lo que se experimentan altas tasas de mortalidad infantil.

Como hemos apreciado las condiciones económicas y sociales de un país, influyen bastante en el sujeto agresor para desencadenar su violencia en contra del niño, por lo que consideramos que este problema de ser parental, ha pasado a ser un problema social.

Con el tiempo sin duda, se realizarán estudios de investigación sobre los padres descuidados abusivos, con todos los factores contribuyentes, con los indicios previos que nos ayuden a prevenir el maltrato.

6. EL MENOR ANTE LA LEGISLACIÓN MEXICANA Y LA REFORMA AL
ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL EN SU PÁRRAFO VI.

I) La Constitución y su espíritu de protección al menor.

Según el maestro Rafael de Pina, define a la Constitución como: "El orden jurídico que constituye el Estado, determinando su estructura política, sus funciones características, los poderes encargados de cumplirlas, los derechos y obligaciones y el sistema de garantías necesarias para el mantenimiento de la legalidad."³⁸

Como ya vimos anteriormente, el 18 de marzo de 1980, el Diario Oficial de la Federación publicó el decreto por el cual se adicionó el Artículo 4to. Constitucional, con un nuevo párrafo que establece "Es deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas."

Una vez analizado el Artículo 4o, es motivo que obliga al presente estudio, a plantear la necesidad de reformarlo en su fracción VI, en el sentido, de que se le debe dar mayor protección al menor y evitar el maltrato de cualquier naturaleza sobre su persona, por lo que a continuación

³⁸ De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho", p.110

presento la siguiente propuesta al citado artículo en su fracción sexta:

"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades, a la salud física y mental, y evitar el maltrato de cualquier naturaleza sobre su persona.

La ley sancionará el maltrato al menor, ya sea por razón de trabajo, edad, sexo, condición social y otros de naturaleza análoga o complementarias. Igualmente, la ley determinará la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas."

Revalorar nuestra normatividad y establecer la necesidad de garantizar la protección al menor a nivel constitucional, y la obligación del Estado de velar por éste, otorgando los medios y procedimientos e instituciones que permitan alcanzar la seguridad integral de los menores, previniendo su maltrato, pero tipificando aquellas conductas de maltrato, por sus padres, familiares o por terceros, y agravando las penas en razón de calidad hacia los infantes. Sin olvidar que la política criminológica se debe enfocar a prevenir más que a castigar, promoviendo acciones que coadyuven a comprender el fenómeno de violencia física o mental, propugnando por tratamientos adecuados para las víctimas como para los infractores.

De las normas jurídicas, sean de orden civil, penal, laboral, se desprende el trato que debe darse a los menores en sus relaciones sociales como persona, pero no se considera, sus derechos específicos ni dentro de la familia ni en la comunidad donde habitan, mucho menos las del medio donde se desarrollan.

La desatención en que se encuentran varios menores, así como la explotación de la que son víctimas, el maltrato al que en ocasiones se les sujeta, todo ello esta demostrando, la necesidad de la reforma al párrafo VI, del Artículo 4o. constitucional, para la protección y el debido cumplimiento de las garantías mínimas que les corresponde.

Las leyes reglamentarias que provengan de la norma constitucional, tendrán que ser las que resuelvan de un futuro inmediato, que garanticen la vida, la seguridad, integridad, la subsistencia y educación de los menores, así como las que otorguen a instituciones públicas que deban encargarse de llevarla a la práctica.

Hago particular referencia al Artículo 4to Constitucional, por ser el que establece la paternidad responsable y el derecho de los menores para la satisfacción de sus necesidades primarias, así como la salud, física y mental, es decir, es el artículo que eleva a rango constitucional los derechos mínimos que tiene el menor.

Por lo expuesto, podemos señalar que los legisladores mexicanos, al introducir dicho postulado en nuestra carta Magna, fue el de asegurar a los menores el pleno goce de las garantías individuales, pero dejando a mi manera de ver, limitado el postulado que contempla la protección de los derechos humanos del menor. Por lo que reitero mi inquietud de adicionar el párrafo sexto del artículo 4o. constitucional.

II) Análisis jurídico de la situación del menor en relación con la legislación civil, la Patria Potestad y la Tutela como principales Instituciones Correctivas.

No debemos olvidar que en base a una tradición social de muchos años los padres son las primeras figuras de autoridad que confronta al ser humano.

Por lo que respecta a la institución de la Patria Potestad, se originó en el Derecho Romano y de la cual sólo subsiste el nombre, pues de una afectiva potestad o poder del padre sobre sus hijos y descendientes, ejercida solamente por el varón o el ascendiente de mas edad, y con carácter de perpetuo, fundado en el principio de la soberanía doméstica, se ha venido convirtiendo en una institución protectora del menor de edad, estableciéndose el provecho y beneficio de este.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal establece que los hijos menores de edad están sujeta a la patria potestad, mientras exista algún ascendiente que deba ejercerla y que su ejercicio recae sobre la persona y los bienes de los hijos (Artículos 412 y 413 del Código Civil).

El maestro Galindo Garfias define a la patria potestad como: "Una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad, no emancipados que nace de la filiación"³⁹

Tratándose de los hijos habidos en matrimonio, el ejercicio de la patria potestad recae en primer lugar en el padre y la madre. A falta de ellos en los abuelos paternos y al no existir estos últimos en los abuelos maternos, (Artículos 414 y 420 del Código Civil).

"Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y la abuela paternos;
- III. Por el abuelo y la abuela maternos."

"Artículo 420. Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos

³⁹ Galindo Garfias, Ignacio, "Derecho Civil", p.398.

personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho."

En el caso de los hijos fuera del matrimonio en tanto los padres vivan juntos, ambos lo ejercerán, si viven separados deben convenir sobre el ejercicio de la custodia exclusivamente, a falta de convenio el juez de lo familiar decidirá sobre la custodia respecto de los padres o sobre el ejercicio de la patria potestad a falta de ellos, (Artículos 381, 415, 416, 417 y 418 del Código Civil).

En el caso de los hijos adoptivos ejercerán la patria potestad únicamente las personas que lo adopten, (Artículo 419 del Código Civil).

El Código Civil establece que los hijos independientemente de su edad, estado y condición, deben honrar a sus padres y demás ascendientes, (Artículo 411). Así también estando sujetos a la patria potestad no pueden abandonar la casa de quienes la ejercen sin autorización o decreto de la autoridad competente, (Artículo 421 del Código Civil).

Es importante que las personas que ejercen la patria potestad tengan esa obligación de educar convenientemente al menor, (Artículo 422 del Código Civil), y tengan esa facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo, (Artículo 423).

Como hemos mencionado anteriormente el maltrato de menores, es toda acción u omisión que dañe o ponga en peligro la vida, la salud, la integridad física, moral, psíquica o intelectual de una persona menor de dieciocho años de edad. El maltrato de menores, específicamente ha sido considerado por el Derecho Civil como una causal de pérdida de la patria potestad, en caso de que el mismo adquiriera una entidad tal que entrañe peligro para bienes jurídicos tutelados por el derecho, como son la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos (Artículo 444 fr. III del Código Civil).

En lo que respecta a la Tutela es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona o bienes, o solamente bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

Es suplementaria de la patria potestad en el caso de los menores de edad, teniendo como objeto:

- a) La guarda y cuidado de la persona y bienes de los menores no sujetos a la patria potestad.
- b) La representación interina del incapaz o de un menor incapacitado.

Su reglamentación la encontramos establecida de los Artículos 89-92 y del 449-634 del Código Civil.

El tutor tendrá dentro de sus obligaciones el cuidar de la persona y bienes de su pupilo, procurándole educación y un oficio acorde a su capacidad y circunstancias debiendo

atender su alimentación y representarlo en todos los actos civiles, conduciéndose de la mejor manera en el desempeño de la tutela.

Análoga solución adopta la ley en relación con el menor sujeto a tutela; el artículo 504 fr. II de Código Civil, dispone que serán separados de la tutela quienes se conduzcan mal en el desempeño de la misma "...ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes...". Y en su fracción II del mismo código impone al curador el deber de "...vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado".

III) Análisis jurídico del menor maltratado en la Legislación Penal Vigente.

Conforme al Derecho Penal vigente en México y tomando como base la legislación común para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal, podemos hacer el siguiente análisis.

En la legislación penal se establece una serie de artículos que regulan situaciones asociadas al maltrato de menores los cuales señalo a continuación:

1. Corrupción de menores:

En su artículo 201 del Código Penal que señala la corrupción de menores podemos transcribirlo como sigue: "Al

que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años de edad o de quien estuviere de hecho incapacitado por otra causa, mediante actos sexuales o lo induzca a la práctica de la mendicidad, ebriedad, toxicomania o algún otro vicio, ha formar parte de una asociación delictuosa o a cometer cualquier delito se le aplicara de 3 a 8 años de prisión y de cincuenta a doscientos días de multa.

Cuando de la práctica reiterada de los actos de corrupción el menor o incapaz adquiriera los hábitos del alcoholismo, farmacodependencia, se dedique a la prostitución, a prácticas homosexuales, o a formar parte de una asociación delictuosa, la pena será de cinco a diez años de prisión y de cien a cuatrocientos días de multa.

Si además de los delitos previstos en este capítulo resultase cometido otro, se aplicarán las reglas de acumulación."

En el artículo 202 establece: "Queda prohibido emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio. La contravención a esta disposición se castigara con prisión de tres días a un año, multa de veinticinco a quinientos pesos y además con cierre definitivo de establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena los padres o tutores que acepten que sus hijos o menores, respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos.

Para los efectos de este precepto se considerará como empleado en la cantina, taberna y centro de vicio al menor de dieciocho años que por un salario, por la sola comida, por comisión de cualquier índole, por cualquier otro estipendio, gaje o emolumento, o gratuitamente, preste sus servicios en tal lugar."

En el artículo 203 establece: "Las sanciones que señalan los artículos anteriores se duplicaran cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor, privando al reo de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad sobre todos sus descendientes."

En el artículo 204 estipula: "Los delincuentes de que se trata en este capítulo quedarán inhabilitados para ser tutores o curadores."

El artículo 205 estipula: "Al que promueva, facilite, consiga o entregue a una persona para que ejerza la prostitución dentro o fuera del país, se le impondrá prisión de dos a nueve años y de cien a quinientos días multa. Si se emplease de violencia o el agente se valiese de una función pública que tuviere, la pena se agravara hasta en una mitad mas."

2. Lesiones:

En el artículo 288 del Código Penal nos define el concepto de lesiones mismo que es aceptado en Medicina Legal:

"Artículo 288. Bajo el nombre de lesión, se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa."

El Código Penal en su artículo 289 (Delitos contra la vida y la integridad personal) tipifica el delito de lesiones. El sujeto pasivo del delito podrá ser tanto un mayor de edad como un menor de edad.

3. Homicidio:

El delito de homicidio esta comprendido en el artículo 302 del Código Penal el cual establece: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro."

Este delito se comete con la muerte del pasivo y en mi opinión, es el mas grave de los delitos que pudiera cometerse en contra de un menor a causa del maltrato.

La legislación mexicana dejo de incluir a los menores infractores de la legislación penal, tomando como base que dichos sujetos no son inimputables por razón de la edad.

A este respecto, el maestro Ricardo Franco Guzmán dice: "En el derecho penal mexicano existe el principio de que los menores de dieciocho años no delinquen, y por ende, no se les puede aplicar ninguna de las penas establecidas para los mayores, son consideradas inimputables. La imputabilidad se

considera como la capacidad de entender y querer, por tanto la ley estima que los adolescentes carecen de estas dos capacidades."⁴⁰

4. Abandono de personas:

Este delito se encuentra comprendido en el artículo 335 del Código Penal y establece: "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos se le aplicarán de uno a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo además, de la patria potestad, o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido."

El abandono consiste en colocar al sujeto pasivo en situación de desamparo material, que implique la privación aunque sólo sea momentánea, de aquellos cuidados que le son debidos. El abandono se da por el solo hecho de dejar a la persona sola, sin vigilancia, y sin posibilidad de que sea socorrida. (Artículos 336, 339, 340, 342).

IV) Análisis jurídico del menor en la legislación Laboral.

En la legislación laboral, el trabajo de menores ha sido preocupación de todas las naciones del mundo. En nuestra Constitución en el artículo 123, fracción III, y la Ley

⁴⁰ Herrera Ortiz, Margarita, "Protección constitucional de los delinquentes juveniles", p.31.

Federal del Trabajo, prohíbe el trabajo de los menores de catorce años, protege el de los trabajadores mayores de catorce y menores de dieciséis, y establece la prestación libre de servicios a partir de los dieciséis años.

El tema del menor trabajador se encuentra ligado a la economía nacional y los niños se encuentran laborando en el sector informal el cual tiene como origen el subdesarrollo de un país. Surge el derecho de trabajo de menores en forma clandestina debido a la necesidad de llevar un sustento a su familia.

Conforme al Artículo 23 de la Ley Federal del Trabajo los mayores de dieciséis años tienen capacidad plena para celebrar por si mismos contratos de trabajo.

El Artículo 8 de la Ley en mención define al trabajador como la persona física que presta a otra física o moral un trabajo personal subordinado. Por su parte el artículo 10 define al patrón como la persona física o moral que ocupa los servicios de uno o varios trabajadores.

Vivimos en un país pobre, de cada cien mexicanos setenta son menores de treinta años. Varios de estos mexicanos, hombres y mujeres son menores de catorce años, que sin tener que comer, que vestir y donde vivir, tienen que buscar el sustento de alguna manera.

Existen muchos menores que buscan algún medio de vida y lo hacen trabajando en forma autónoma, en las calles,

haciendo o vendiendo cualquier cosa. Su trabajo no lo comprende la Constitución ni la Ley Federal del Trabajo, viven en el mas absoluto desamparo, no hay estadísticas completas del tema, ni tampoco se ha dado una definición clara por parte de la doctrina.

En muchos casos el trabajo de los menores se encuentra mal interpretado y son considerados como delincuentes. Si las autoridades públicas quieren actuar en este renglón tienen que proceder a la revisión de la Ley, abarcando sectores organizados, Industrial y Rural.

CONCLUSIONES.

1. La familia es la base principal y natural de todas las civilizaciones. La disposición y capacidad de la familia para satisfacer la necesidad que tiene el menor de amor y seguridad es lo que mayormente determina su personalidad y su confianza y su capacidad para relacionarse con otras personas. Proporciona las bases para las relaciones futuras dentro de la familia, con amigos, en la sociedad y al cabo con la propia familia que en el futuro llegue a formar el niño.

2. En nuestra legislación el término niño, no es utilizado comúnmente; al hacer referencia al mismo, se habla de un menor de edad. Nuestra ley se caracteriza por establecer una edad básica esencial que separa la vida en dos periodos fundamentales, el de la minoría de edad y el de la mayoría de edad.

3. Considero que todo ser humano, por el sólo hecho de existir, es persona y, por lo tanto, titular de Derechos Humanos.

4. Los Derechos Humanos pertenecen a la persona por igual, es decir, sin distinción de edad, raza, sexo, nacionalidad o condición social.

5. Las garantías individuales son la relación jurídica existente entre el gobernado por un lado y el Estado y sus autoridades por el otro, con el objeto de asegurar el goce y disfrute pacífico, así como el respeto a los Derechos Humanos

consistentes en la vida, la libertad, la propiedad y la seguridad jurídica, mismos que son inherentes al hombre e indispensables para el desarrollo de su personalidad dentro de la sociedad en que se desenvuelve y que el Estado y sus autoridades tienen obligación de respetar, relación cuya fuente es la Constitución.

6. Cuando se reconocen los Derechos Humanos del individuo en la Constitución y el Estado y sus autoridades tienen obligación de respetarlos, surge el concepto de garantía individual.

7. El menor maltratado es una persona humana, que se encuentra en el periodo de vida comprendido entre el nacimiento y el principio de la pubertad, objeto de acciones u omisiones intencionales que producen lesiones físicas o mentales, muerte o cualquier otro daño personal, provenientes de sujetos que por cualquier motivo tengan relación con él.

8. Existen algunos hogares, que para desgracia de los menores de edad, viven en una atmósfera de antagonismo, sospecha, desconfianza, temor, desamor, llegando incluso a los castigos corporales con excesiva crueldad por parte de los progenitores, poniéndolos por lo tanto, en el supuesto de lo que llamamos menores maltratados.

9. A efecto de proteger al menor y evitar el maltrato de cualquier naturaleza sobre su persona, es necesario una adición al artículo 4o. constitucional, párrafo VI, ya que

considero lo mas adecuado para la realidad social que se vive en nuestro país.

10. Se debe recapacitar y pensar que en los niños de hoy se reflejan los hombres y mujeres del mañana. Tampoco estará por de más aseverar una y otra vez, que el mejor patrimonio de una Nación lo constituyen sus niños. Y nunca perderá validez la afirmación de que un pueblo que descuida a sus niños, es un pueblo suicida; y descuidar a la familia que es el núcleo en donde el niño se desarrolla básicamente es descuidarlo a él.

11. Desde siempre, los factores en el sujeto agresor para maltratar al menor no pueden asociarse solamente con la pobreza, con la ira, con un concepto erróneo de la disciplina, sino que aun, llegan a tener raíces en las características sociológicas y aun biológicas del que castiga. Una situación económica llena de tensiones, la propia experiencia de maltrato en la infancia de los padres, la identificación negativa vinculada con el niño, los conflictos matrimoniales, vivienda insuficiente, desempleos, divorcios, el consumo excesivo de alcohol y drogas, el analfabetismo entre otros factores, y la incapacidad para resolverlos satisfactoriamente, intensifica los sentimientos de tensión, frustración, impotencia y desesperanza, lo que conlleva a sentimientos de enojo que se manifiestan en agresión contra el niño.

12. Aquellas personas que maltratan al menor no se deben rechazar, ni considerar como anormales y pervertidos, sino como padres a quienes debemos acercarnos para ayudar a su readaptación. Tenemos que tomar en consideración de que son el producto del ejemplo que tuvieron en su infancia, de su mal ambiente, de su desdichado estado de vida, así como de su carencia de familia organizada.

13. Del análisis efectuado por nuestra legislación, sea de orden Civil, Penal, Laboral, se desprende el trato que debe dárseles a los menores en sus relaciones sociales como persona, pero no se consideran sus derechos específicos, ni dentro de la familia, ni en la comunidad donde viven, ni en el medio social en que se desarrolla, así como la desatención de varios menores víctimas del maltrato; lo anterior no es mas que una muestra de la necesidad de reformar el párrafo VI, del artículo 4o. constitucional.

14. En nuestro país, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), ha realizado programas encaminados a la promoción del bienestar social y fundamentalmente del desarrollo integral del menor, creando sistemas de investigación, evaluación, prevención y tratamiento. Sin embargo se requiere de una amplia capacitación en materia de menores, que brinde la oportunidad de conocer el sentir del menor mexicano. Es digno de reconocerse el esfuerzo de algunos organismos privados por su lucha de consagrar los derechos del menor, sin embargo no

basta con la buena voluntad. Así también las labores que realizan los Consejos Locales de Tutela, tienen por objeto proteger al menor y a salvaguardar sus derechos, aunque su intervención se manifiesta cuando los problemas por los que enfrentan los menores y la familia, se presentan.

BIBLIOGRAFÍA.

- Araujo Valdivia, Manuel, "Derecho Civil", Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1975.
- Akerman N., "Psicoterapia de la familia neurótica", Ed. Humanistas, Buenos Aires.
- Bazdresch, Luis, "Garantías Constitucionales", 3a. edición, Ed. Trillas, México, 1986.
- Bidart Campos, Germán J., "Teoría General de los Derechos Humanos", UNAM, 1993.
- Bobbio, Norberto, "Presente y Porvenir de los Derechos Humanos", Anuario de Derechos Humanos, 1981.
- Burgoa, Ignacio, "Las Garantías Individuales", 19a. edición, Ed. Porrúa, México, 1985.
- Carrillo Flores, Antonio, "La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos", México, Ed. Porrúa, 1981.
- Carrillo Nava, Eréndira, "Debe empezar la Justicia Social y la democracia a proteger a la niñez", Jueves de Excelsior. Año 65. No. 3437. México, 2 de junio de 1988. Revista Semanal.
- Carpizo, Jorge, "La Constitución mexicana de 1917", UNAM, México, 1978, 2a Ed, XIII tomos.
- Díaz M, Luis, "Manual de Derechos Humanos", 2a. Ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.
- Código Civil para el D.F., Editorial Porrúa, 1994, México D.F.

- Código Penal, Editorial Sista, México D.F., 1996.
- Diccionario de Sociología, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
- Fix-Zamudio, Hector, "Protección procesal de los Derechos Humanos", Protección de los Derechos Humanos. Estudios Comparativos, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- Foncerrada, Mario, "Maltrato físico al niño", Revista anual, Monografía IMSS, México, 1968.
- Fontana, Vicente, "En defensa del niño maltratado", Ed. Pax, México, 1979.
- Garandini González, Javier, "Medicina Forense", Ed. Porrúa, México, 1989.
- Gulota, Guglielmo, "Famiglia e violenza", Ed. Giuffrè, Milán, Italia, 1984.
- Herrera Ortiz, Margarita, "Protección constitucional de los delincuentes juveniles", ed. Humanitas, México, 1987.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo II, Ed. Porrúa, UNAM, México, 1994.
- Johnston, I. D., "Abuso y negligencia hacia los niños", México, 1989.
- Lozano, José María, "Tratado de los Derechos del Hombre", 1a. edición, Ed. Porrúa, México, 1972.
- Kadushin, Alfred, "El niño maltratado", Ed. Era, México, 1985.

- Kempe, Ruth S., y Kempe C., Henry, "Niños maltratados", Ed. Morata. Madrid, España, 1979.
- Madrazo, Jorge , " Derechos Humanos: el nuevo enfoque mexicano", 1a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- Montiel y Duarte, Isidro, "Estudio sobre las Garantías Individuales", 4a. edición, Ed. Porrúa, México, 1983.
- Pérez, Aurora, "El maltrato y violencia infanto-juvenil", UNICEF, 1986.
- Pérez Luno, Antonio E., "Delimitación conceptual de los derechos humanos", Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.
- Pina, Rafael De, "Diccionario de Derecho", 13a edición, Ed. Porrúa, México, 1985.
- Posada, "El niño ¿Presente sin futuro?", México, 1976.
- Rabasa Gamboa, Emilio, "Vigencia y efectividad de los Derechos Humanos en México. Análisis Jurídico de la Ley de la CNDH", Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.
- Rabasa, Emilio O. y Caballero, Gloria, "Mexicano: ésta es tu Constitución", Ed. Miguel Ángel Porrúa, 1996.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús, "Estudio sobre Derechos Humanos. Aspectos Nacionales e Internacionales", Ed. CNDH, 1990.
- Tena Ramírez, Felipe, "Leyes fundamentales de México 1808-1989", 15a. Ed., México, Porrúa, 1989.

- Terrazas, Carlos R., "Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México", Ed. Miguel Ángel Porrúa, 1993.