

1608

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE SOCIOLOGIA GENERAL Y JURIDICA

"ANALISIS DOGMATICO DE LA CONVENCION SOBRE
LOS DERECHOS DEL NIÑO DE OCTUBRE DE 1990, Y
SUS CONSECUENCIAS SOCIALES"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

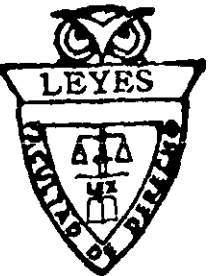
MARIANO EDUARDO YARZA PIÑA

BAJO EL ASESORAMIENTO DEL
LIC. JOAQUIN DAVALOS PAZ

298286

MEXICO, D.F.

2001





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE SOCIOLOGIA
GENERAL Y JURIDICA

No. L/19/01

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .

El pasante de la licenciatura en Derecho **YARZA PIÑA MARIANO EDUARDO**, solicitó inscripción en este H. Seminario a mi cargo y registró el Tema intitulado.

"ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE OCTUBRE DE 1990 Y SUS CONSECUENCIAS SOCIALES", asignándose como asesor de la tesis al LIC. JOAQUÍN DAVALOS PAZ.

Al haber llegado a su fin dicho trabajo, después, de revisarlo su asesor, lo envié con la respectiva carta de terminación considerando que reúne los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales.

Ayudado en este y otro dictamen, firmado por la Profesora Revisora LIC. MARTHA RABAGO MURCIO, en mi carácter de Director del Seminario, tengo a bien autorizar su **IMPRESIÓN**, para ser presentado ante el Jurado que para efecto de Examen Profesional se designe por esta Facultad de Derecho.

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

Reciba usted un respetuoso saludo y las seguridades de mi más alta consideración.

A T E N T A M E N T E .
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria D.F. a 18 de abril del 2001.

MTR. JORGE SILAS LOPEZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO.

SUPLENTE DEL DIRECTOR DEL SEMINARIO

México D.F. a 20 de enero de 2001

Mtro. Jorge Islas López

Director del Seminario del Seminario de Sociología General y Jurídica.

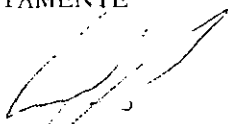
Presente.

Me permito manifestar a usted que el alumno Mariano Eduardo Yarza Piña, con numero de cuenta 9457080-5, ha puesto a mi consideración la tesis denominada --"Análisis dogmático de la convención sobre los derechos del niño de octubre de 1990, y sus consecuencias sociales".

Una vez leído el mencionado trabajo, encuentro que el mismo se ajusta a los lineamientos que se marcan en el reglamento Universitario correspondiente, por lo que doy la aprobación para que de no existir inconveniente por parte de la dirección del seminario, se proceda a la impresión de la misma y continuar con los tramites correspondientes.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle los respetos de mi más alta y distinguida consideración.

ATENTAMENTE



Lic. Joaquín Dávalos Paz

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	III
CAPÍTULO PRIMERO.....	1
1.1 DERECHO FAMILIAR.....	1
1.2 MOMENTOS DE LA CAPACIDAD DEL MENOR.....	11
1.3 DERECHO INTERNACIONAL.....	14
1.4 TRATADOS, CONVENIOS Y CONVENCIONES.....	18
1.5 OBLIGATORIEDAD DE LOS TRATADOS.....	27
1.6 FILIACIÓN Y ESTADO JURÍDICO DE LA FILIACIÓN.....	33
1.7 PATRIA POTESTAD.....	39
1.8 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES.....	44
CAPÍTULO SEGUNDO.....	49
2.1 FAMILIA.....	49
2.2 DESARROLLO DE LA SOCIALIZACIÓN DEL NIÑO.....	54
2.3 DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.....	59
2.4 ROL SOCIAL DEL MENOR.....	65
2.5 FAMILIA NUCLEAR.....	68
2.6 ESTATUS Y PAPELES QUE DESEMPEÑA EL MENOR.....	72
2.7 CONTROL SOCIAL.....	75
2.8 PARENTESCO.....	78
2.9 INTERACCIÓN FAMILIAR.....	82
2.10 EL ESTATUS DEL MENOR DENTRO DE SU NÚCLEO FAMILIAR.....	88
CAPÍTULO TERCERO.....	93
3.1 BABILONIA.....	94
3.2 CHINA.....	95
3.3 INDIA.....	97
3.4 ROMA.....	98
3.4.1 La Patria Potestad en Roma.....	100
3.4.2 Tutela y Curatela en General.....	103
3.5 EDAD MEDIA.....	103
3.6 REVOLUCIÓN FRANCESA.....	105
3.7 MÉXICO.....	107
3.7.1 Leyes de Reforma.....	108
3.7.2 Código Civil de 1870.....	110
3.7.3 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.....	111

CAPÍTULO CUARTO.....	114
4.1 PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONVENCIÓN.....	114
4.1.1 Principios Generales	114
4.1.2 Principios Especiales	118
4.2 PRINCIPALES DERECHOS QUE PROCLAMA.....	122
4.2.1 Derecho a la no discriminación.....	122
4.2.2 Libertad de Asociación	124
4.2.3 Derecho a tener una Familia y un Ambiente Social..	125
4.2.4 Derecho a la Información, Expresión y libertad de Pensamiento.....	126
4.2.5 Derecho del menor al desarrollo físico y mental.....	128
4.2.6 Derecho a la Educación.....	130
4.3 DERECHOS QUE PROTEGEN LA INTEGRIDAD Y LA VIDA DEL MENOR.....	133
4.3.1 Derecho a la vida	133
4.3.2 Derecho a la seguridad social.....	134
4.3.3 Protección del menor contra toda forma de abuso físico o mental.....	135
4.3.4 Derecho a obtener el estatuto de refugiado	137
4.3.5 Interés superior del niño	140
CAPÍTULO QUINTO	143
5.1 FILIACIÓN COMO ESTADO JURÍDICO.....	143
5.2 PATRIA POTESTAD, ALIMENTOS Y ADOPCIÓN.....	146
5.3 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	150
5.4 PROTECCIÓN DEL MENOR EN SU AMBIENTE SOCIAL.....	157
5.5 ANÁLISIS DE LAS CARENCIAS NORMATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR, FRENTE A SUS CARACTERÍSTICAS SOCIOLÓGICAS.....	159
CONCLUSIONES.....	175
BIBLIOGRAFÍA	180
LEGISLACIÓN.....	183

INTRODUCCIÓN

Es conveniente delimitar el área de estudio de la presente tesis, la cual versa sobre la "Convención sobre los derechos del niño", adoptada por la resolución 44/25 de la Asamblea General de la ONU de 20 de noviembre de 1989, en vigor para México el 21 de octubre de 1990. Pero dentro de la presente investigación sólo se contemplarán las características sociológicas que al menor se le imputan dentro del derecho familiar, no intentando establecer otras circunstancias como lo serían el derecho laboral del menor o el derecho penal, por mencionar algunas.

A continuación señalaré las hipótesis que intentaré responder a lo largo de la presente tesis.

¿Cuáles son los elementos sociológicos del menor?

En el devenir histórico ¿Cómo se ha comprendido al menor dentro de la sociedad, y que trato se le ha dado dentro de la familia?

¿Cuáles son las principales normas y derechos que protege la convención a favor del menor?

¿Cumple la convención sobre los derechos del niño, con las características sociológicas que al menor se le atribuyen?

¿Existen carencias normativas en la convención que revelen posibles consecuencias sociales?

La técnica de investigación que se emplea en esta tesis es la documental, tanto la legislativa como la doctrinal, como se observa en la bibliografía que se ve a continuación, y como método operacional, se utiliza el dialéctico sobre las dos últimas preguntas que se hacen sobre el tema (contenidos en la Hipótesis del presente trabajo), y el histórico para el tercer capítulo de esta tesis (y que responde a la segunda interrogante planteada).

En el primer capítulo se establecen los conceptos fundamentales,

referentes a la familia y las relaciones jurídicas de los menores dentro de ésta, además de incluir la forma en que se crean los tratados internacionales, su obligatoriedad y sus formalidades, toda vez que al tratarse de una convención ratificada por México debe ser entendida a través del derecho internacional, por su forma; y por su contenido, como parte del derecho familiar —entre otros—.

En el segundo capítulo se explican las características sociológicas que al menor se le imputan, como lo son: la socialización del menor, estatus y papeles del menor, el parentesco o redes familiares, el control social, la importancia de la familia y en especial de la familia nuclear para el sano desarrollo del niño y algunas características psicológicas como lo serían el desarrollo de la personalidad del menor y la interacción familiar (la cual es un enfoque sistémico de la familia), lo cual será confrontado con la convención en comento.

El capítulo tercero nos da una visión histórica de como el menor era tratado y las relaciones que se establecían dentro de la familia, así como los cambios que se han dado en la forma en que se trata a los hijos en la historia universal y en México.

En el capítulo cuarto se establece un análisis de la Convención sobre los derechos de los niños, contemplando los principales derechos del menor, las obligaciones y derechos que los padres, tutores u encargados tienen sobre sus pupilos y las obligaciones que el Estado tiene frente a los padres y a los hijos.

En el capítulo quinto se establecen cuales son los principales derechos y relaciones familiares que existen dentro de la convención, así como las carencias normativas de ésta última frente a las características psicosociales que al menor son necesarias para un correcto desarrollo.

La presente tesis pretende demostrar que la Convención sobre los derechos del niño, carece de características importantes para el normal

desarrollo del menor, las cuales se analizarán en el capítulo segundo de la presente tesis.

Se observa principalmente una falta de técnica jurídica multidisciplinaria, la cual comprenda no solamente los aspectos legales y derechos personales dentro de la familia sino también que además contengan referencias tanto sociológicas como psicológicas para una adecuada legislación dentro de la patria potestad y la filiación.

La repercusión social de una inadecuada legislación, la cual no cubra las necesidades mínimas que el menor requiere para su sano desarrollo, será la falta de individuos capaces de afrontar las responsabilidades y deberes que en su vida adulta tenga, tal como lo veremos en el capítulo segundo de la presente tesis.

Es mi intención establecer cuales son las carencias jurídicas de la convención sobre los derechos del niño en su ámbito puramente familiar, no teniendo intención de abarcar algunos otros aspectos como el penal o el laboral, en lo referente a su técnica jurídica, la cual haga una correcta referencia a la filiación y patria potestad así como para establecer las normas especiales para la protección del menor.

CAPÍTULO PRIMERO

1.1 DERECHO FAMILIAR.

El derecho familiar ha cambiado notablemente desde sus orígenes hasta la actualidad, pero ¿cuál es la necesidad de que el Estado intervenga en la organización familiar?, el maestro Rojina Villegas concibe éste como un problema político, y amplía la interrogante al mencionar cual debe ser la intervención del Estado en el seno familiar, y da algunas razones.

a) Porque de la solidaridad familiar depende en gran medida la solidaridad política, de tal manera que peligraría la existencia misma del Estado si no lo hiciera.

b) Porque en el seno familiar existe un conjunto de intereses de orden público que el Estado debe tutelar.

c) Para dar Autenticidad a determinados actos (matrimonio, adopción, reconocimiento de hijos...) y así proteger los derechos de las partes y prevenir problemas de nulidad.

d) Porque el Estado debe controlar la actividad de los que ejercen la patria potestad y la tutela, mediante la intervención del juez, para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los menores o incapacitados¹.

Solo resaltaremos el último punto de estos razonamientos, por ser importante para el desarrollo de la presente tesis de licenciatura, porque en éste se resalta la protección especial que al menor se le debe otorgar, lo cual resulta en la responsabilidad que el Estado debe tener sobre la protección

¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia" 8ª ed., Ed. Porrúa México 1993. p. 40

especial al menor en su carácter familiar.

Todo esto por la posible desprotección que el menor pudiese tener dentro de su familia y así procurar un mejor desarrollo del niño en su entorno familiar.

La idea de familia para Galindo Garfias, comprende todas aquellas relaciones de filiación que existen entre ascendientes y descendientes y las relaciones de parentesco, además de las relaciones que existen entre los parientes colaterales hasta el cuarto grado².

El mismo autor nos establece dos tipos de familia, por una parte nos describe a la familia nuclear "El grupo de familia está constituido únicamente por los progenitores y los hijos sea que se trate de una familia conyugal o de una extramatrimonial"³; por otro a la familia domestica, diciendo: "La vida constituida por un conjunto de parientes y allegados que viven en la misma casa".

Mientras que el civilista Zannoni nos brinda una definición acerca de la cohesión familiar al definir Estado de Familia como: "Conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos que corresponden a las personas en virtud de su emplazamiento familiar, los que, por entrar a ella atribuidos, procuran la tutela de su individualidad familiar (como personal ante el orden jurídico)"⁴.

Para el análisis de la Convención tema de estudio debemos precisar cuál es el objeto del Derecho familiar, el derecho es el conjunto de normas que tienen por finalidad regular la conducta de hombre, lo cual nos lleva a hacernos la pregunta de qué tipo de conducta el derecho pretende regular en el seno familiar, qué tipo de relaciones interhumanas al derecho le

² GALINDO GARFIAS. "Estudios de Derecho Civil". 2ª ed., Ed. Porrúa México 1994. p. 598

³ Ibidem. p. 602.

⁴ ZANNONI, "Derecho de Familia. Tomo I"; 2ª ed., Ed. Astrea. Argentina. p. 283

interesan, para lo cual estableceremos los tipos de solidaridad social que presentan los agregados humanos y precisar el tipo de solidaridad que le interesa al derecho de familia.

Rojina Villegas clasifica las distintas formas de solidaridad social que presentan los agregados humanos, a lo cual señala que existen cuatro: a) Solidaridad doméstica; b) Solidaridad política; c) Solidaridad patrimonial o económica y d) Solidaridad internacional⁵.

Desde el punto de vista sociológico podemos decir que el derecho de familia tiene por objeto la organización de la solidaridad doméstica, al derecho político o público el de organizar la solidaridad estatal; al derecho patrimonial que tiene por objeto reglamentar las relaciones de carácter económico entre los hombres y, finalmente, un derecho internacional, cuyo fin consiste en lograr una solidaridad entre los diferentes Estados que integran la gran comunidad humana, sin olvidar a los organismos internacionales. Todo esto desde un criterio sociológico jurídico, siendo importante para el presente trabajo la solidaridad doméstica.

La sociología, reconoce en la familia un régimen de relaciones sociales institucionalizadas. En la cual hace o puede hacer una investigación descriptiva (sociología descriptiva), o una investigación analítica del comportamiento de los miembros de la familia, configurando tipologías (sociología analítica), pero tanto la sociología descriptiva como la analítica consideran, diríamos, el modo de ser de las formas de vida social a partir de análisis puramente empíricos⁶.

Continuaremos enunciando diversas definiciones de Derecho Familiar, para Julián Bonnecase es "el conjunto de reglas de derecho, de

⁵ ROJINA VILLEGAS Op. Cit. pp. 24 y 25

⁶ ZANNONI. Op. Cit. p. 5

orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia.”⁷

Para Zannoni representa: “Régimen de relaciones jurídicas, interdependientes y recíprocas, emergentes de la unión intersexual y la procreación”⁸.

Para Chávez Asencio, “es el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado, que protegen a la familia y sus miembros, y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin.”⁹

De las definiciones mencionadas, podemos obtener elementos constantes los cuales son:

Normas jurídicas.

Regulan relaciones familiares que existen entre sus miembros y entre éstos y distintas personas.

Algunos se refieren a distintos momentos y señalan que regulan la organización, vida y disolución de la familia.

Incluso algunos otros incluyen contenido moral y religioso.

Para la presente tesis sólo se tomarán en cuenta los primeros dos elementos, como indispensables para cualquier definición que sobre derecho familiar pretenda hacerse, ya que solo pretendo hacer un análisis sobre los derechos y obligaciones de los padres e hijos, para establecer cuáles son y denunciar alguna posible carencia en estos para el normal desarrollo de los menores, a la luz de las características sociológicas que al menor se le

⁷ ROJINA VILLEGAS Op. Cit. p. 14.

⁸ Íbidem. p. 70

⁹ Ídem.

imputan.

Para tener una organización del tema también debemos definir lo que entendemos por relaciones familiares, para lo cual tomaremos la definición de Zannoni que se refiere a esta como, "toda relación que el ordenamiento jurídico establece entre personas, imputando deberes o atribuyendo derechos, interdependientes y recíprocos, para la realización de fines o intereses familiares. El objeto de la relación es, en este caso, la obtención de los bienes jurídicos (materiales o inmateriales muchas veces presupuestos en las normas jurídicas) y el contenido trasciende en derecho deberes que funcionalizan la realización del objeto de la relación jurídica"¹⁰.

En relación con la definición que nos da el maestro Zannoni, debemos resalta la importancia de los deberes y derechos recíprocos que deben existir, las cuales están encaminadas a la realización de fines o derechos familiares, es decir no se establecen para cumplir cualquier fin, sino aquellos que le son importantes a la familia y en relación con los menores podríamos decir como ejemplo la educación, el mantenimiento de los hijos menores, el cuidado de estos entre otros fines.

Al referirnos a las relaciones, no es importante para la presente investigación todas las relaciones jurídico familiares, solamente se tomaran en cuenta las relaciones jurídicas paterno filiales y algunas instituciones especiales que para el menor han sido creadas. Pero para el derecho familiar también son fundamentales las relaciones con los parientes (ya sean por consanguinidad, por afinidad o adopción), los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o tutela, además de mencionarse a los concubinarios.

La existencia de relaciones jurídicas derivadas de la consanguinidad o

¹⁰ ZANNONI. Op. Cit. p. 27

la afinidad determina el parentesco.¹¹ Este parentesco se traduce en un vínculo jurídico existente, pues, entre consanguíneos y afines, como acabamos de explicarlo, y también entre el adoptado y el o los adoptantes y según el caso, los consanguíneos o afines de estos.

En el derecho familiar los sujetos que intervienen son personas físicas, solo por excepción tenemos la ingerencia de algunos órganos estatales.

La calidad de parientes consanguíneo se extiende no sólo a la familia legítima, sino también a la natural. En la primera dependerá del matrimonio la determinación de los vínculos que respectivamente se originen entre ascendientes y descendientes (parentesco consanguíneo en línea recta), así como de los que se fijen entre todos aquellos que sin descender los unos de los otros, reconocen un antepasado común (parentesco consanguíneo en la línea colateral). De esta suerte, el matrimonio no sólo viene a crear la especial categoría de cónyuges, como sujetos también especiales del derecho familiar, sino que refleja su alcance y naturaleza con todos los demás parientes que se encuentran vinculados en ambas líneas con cada uno de los consortes.

En el parentesco natural la vinculación consanguínea se crea exclusivamente por los lazos de la filiación, a efecto de referir a una determinada persona con sus ascendientes, descendientes o colaterales. Siendo la calidad de parientes fundada exclusivamente en la consanguinidad.

Mientras que en el parentesco civil se originan (las relaciones) por virtud del acto jurídico de la adopción. Existen como sujetos especiales, el adoptante y el adoptado, que asumen respectivamente todos los derechos y

¹¹ *Ibidem.* p. 73

obligaciones que crea la filiación legítima entre padre e hijo.

La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose los sujetos llamados tutores e incapaces.

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos solo existe una referencia específica sobre esta protección a la *familia*, la cual se establece en el artículo cuarto constitucional, al decir: "el varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia."

En los Estados de Aguascalientes, Baja California Sur y Coahuila resaltan la importancia de la familia como base de la *organización social*, e incluye a la familia como base fundamental del Estado, por lo cual procura defender la cohesión familiar para la protección misma del Estado.

Artículo cuarto Constitucional en el Estado de Aguascalientes señala que "La familia constituye la base fundamental de la sociedad. Cualquier doctrina o credo que en alguna forma mine sus cimientos se considerará atentatoria de la integración misma del Estado.

Por la misma razón, el hogar, y particularmente los niños, serán objeto de especial protección por parte de las autoridades. Toda medida o disposición protectora de la familia y de la niñez, se considerará de orden público."

El artículo once Constitucional para el Estado de Baja California Sur nos menciona que: "El matrimonio y la familia constituyen la base fundamental de la comunidad; consecuentemente, el hogar, la maternidad y la infancia serán objeto de especial protección por parte de las autoridades.

Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de él tienen Derecho a igual protección."

En el artículo 173 Constitucional en el Estado de Coahuila señala "El Estado reconoce a la familia como la agrupación primaria, natural y fundamental de la sociedad. A este efecto, se dictarán las disposiciones necesarias para su seguridad, estabilidad y mejoramiento. La ley dispondrá la organización del patrimonio familiar, sobre la base de ser inalienable, inembargable y estar exento de toda carga pública..."

Otros destacan la protección que el Estado da a la familia, tanto en su estructura como en su desarrollo como lo mencionan:

El artículo 13 Constitucional del Estado de Quintana Roo, "... Toda familia tiene derecho a disfrutar de vida digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo, en concordancia y coordinación con las leyes federales sobre la materia..."

El artículo sexto Constitucional del Estado de Zacatecas señala que: "se reconoce personalidad jurídica a la familia; será protegida dictándose las disposiciones necesarias para su seguridad, estabilidad y mejoramiento."

Sobre la especial protección que al menor se refiere, la Constitución Federal en su artículo cuarto establece que: "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."

En el mismo sentido El Estado de Durango establece en su artículo duodécimo: "Es deber de los padres preservar el derecho de sus menores hijos a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental; la ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas. En el Estado de Durango todas las personas, en la

medida de los recursos económicos de la administración pública, gozarán de los siguientes derechos: 1°. - Protección asistencial a la maternidad y a la infancia, cuando así lo requiera la situación económica de una o de otra..."

El Artículo 13 Constitucional del Estado de Guanajuato nos menciona: "La ley protegerá la organización y desarrollo de la familia, dentro de la cual tendrá preferencia la atención del menor y del anciano."

Mientras que el artículo 2 Constitucional del Estado de Michoacán: "Los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. El estado velará por el cumplimiento de estos deberes y dictarán normas para asistir la insuficiencia económica de la familia o el abandono de los hijos por los cónyuges."

El artículo 19 Constitucional del Estado de Morelos en su pone especial atención en lo que se refiere a la protección del menor y la familia. "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia dentro de la cual tiene preferencia la atención del menor de edad y el anciano. La protección familiar se dará conforme a las bases siguientes:

I Corresponde a los miembros del núcleo la atención y cuidado de cada uno de los familiares. El Estado auxiliará a la familia complementariamente.

II El menor de edad tiene derecho:

A conocer a sus padres y ser respetado en su integridad física y psíquica por ellos y la sociedad;

A que se le proporcione alimentación, a la educación básica, a la especial en los casos que se requieran y a la superior, de ser posible. Tendrá derecho a la protección y conservación de su salud, todo ello respetando su derecho a la libertad;

A que se le proteja con medidas de seguridad o que garanticen su readaptación social;

A no ser explotado en el trabajo;

A no ser separado del seno de la familia, sino en los casos excepcionales que las leyes secundarias determinen...”

Para el Estado de Nuevo León se establece un listado de derechos del niño, en su artículo 3º Constitucional. - “El niño tiene derecho a la vida sana, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la recreación, a la preparación para el trabajo y a llevar una vida digna en el seno de la familia. Nadie podrá darle malos tratos, ni inducirlo a prácticas que afecten su buena formación. El Estado proveerá lo necesario y expedirá leyes y normas para garantizar los derechos del niño...”

Y el Estado de Puebla en su artículo 12 Constitucional. - Las leyes se ocuparan de;

La protección, seguridad, estabilidad y mejoramiento de la familia en sus diversas manifestaciones.

La atención de la mujer durante el embarazo.

La atención y protección del ser humano durante su nacimiento, minoridad y vejez.

Y por último el Estado de Querétaro en su artículo 6 Constitucional nos habla de la protección al menor en su desarrollo físico y mental. - “ Las autoridades estatales y municipales colaborarán con la familia en la adopción de las medidas que propicien el desarrollo físico y mental de la población infantil; fomentarán la participación de la juventud en las actividades políticas, sociales y culturales...”

Todas estas protecciones constitucionales que a la familia y al menor se le establecen, recalcan la importancia del cuidado que el Estado debe tener para con la familia y en especial para el logro del menor, ya que de ello depende el tener individuos sanos y capaces de afrontar los retos que la vida les imponga.

1.2 MOMENTOS DE LA CAPACIDAD DEL MENOR.

Debemos comenzar con las definiciones y desglose acerca de la capacidad, tanto la de goce como la de ejercicio para continuar con una descripción acerca del desarrollo que de éstas se da en el menor, desde la confirmación de sus derechos al momento del nacimiento, hasta el pleno goce de todos y cada uno de éstos.

Capacidad, del latín *capacitas*, aptitud o suficiencia para alguna cosa. Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.¹²

Para Rojina Villegas la capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derecho o para ser sujeto de obligaciones, todo sujeto debe tenerla, si se suprime desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la personalidad jurídica de actuar.¹³

Mientras que para Kelsen es el centro de imputación de derechos, obligaciones y actos jurídicos, por lo tanto, la capacidad viene a constituir la posibilidad jurídica de que exista ese centro ideal de imputación y al desaparecer, también tendrá que extinguirse el sujeto jurídico. Es la aptitud que un individuo tiene para que sus actos acarreen consecuencias jurídicas.¹⁴ Así, a la capacidad se le estudia desde dos aspectos diferentes: a) la capacidad de goce y b) la capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que se

¹² DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO; Instituto de Investigaciones Jurídicas. 11ª ed., Ed. Porrúa. México 1998. p. 397.

¹³ ROJINA VILLEGAS. "Derecho Civil Mexicano, Tomo 1"; 8ª ed., Ed. Porrúa. México 1993. p. 158.

¹⁴ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO Op Cit. p. 397.

adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones.

La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido, entendiéndose desde el momento de su concepción hasta el nacimiento del menor, tal como lo menciona el artículo 22 del Código Civil.

La capacidad de ejercicio es la aptitud que requieren las personas para ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir sus obligaciones; se adquiere con la mayoría de edad o con la emancipación y se pierde junto con las facultades mentales o la muerte. (23 art. Cod. Civil.)

La capacidad de ejercicio, para los efectos jurídicos, tiene un doble aspecto: a) capacidad general, referida a aquella aptitud requerida para la realización de cualquier tipo de actos jurídicos, y b) la capacidad especial como la aptitud requerida a determinadas personas en la realización de actos jurídicos específicos, verbigracia, el arrendamiento, en donde al arrendador se le pide que tenga, además de la capacidad para contratar, el dominio o la administración del bien, materia del contrato.

La capacidad es el atributo más importante de todas las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; esta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y sin embargo, existir la personalidad.

Existen diversos momentos en los grados de capacidad de una persona, no simplemente se tiene o no una capacidad completa para ejercitar determinados actos en el mundo del derecho. Existen limitaciones e impedimentos que la misma ley señala, por esto estableceremos las diversas hipótesis normativas en que la capacidad ejercicio del menor se va liberando.

Concepción del ser.- Este hecho jurídico viene a realizar diferentes hipótesis normativas que se refieren respectivamente al derecho de las personas, al derecho de familia, al derecho hereditario y al contrato de donación, para esta tesis nos interesa solamente en el derecho de familia y al derecho de las personas.

Por lo que se refiere al derecho de las personas, la concepción del ser es fundamental para que se otorgue la protección jurídica mencionada en el artículo 22 en los siguientes términos: "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

En cuanto al derecho de familia, se toma en cuenta la concepción del ser para determinar el momento inicial en la filiación legítima y para presumir la filiación paterna en el concubinato.

Nacimiento.- El nacimiento es un supuesto jurídico que conlleva múltiples consecuencias en el derecho, en primer lugar inicia de manera plena la personalidad que sólo para ciertos efectos se reconoce en el ser concebido. Origina las relaciones de parentesco y las diversas obligaciones a cargo de los padres para su hijo, además de ser la base para originar la patria potestad o la tutela en determinados casos.

En el derecho de las personas se regulan consecuencias importantes para todo lo relacionado con las actas de nacimiento y la capacidad del ser nacido. Es la base firme para determinar la filiación legítima tomando en cuenta la presunción legal establecida por el artículo 324.

El nacimiento es esencial en la patria potestad a efecto de determinar las responsabilidades personales que imponen la ley a los padres y en su caso a los abuelos. Tratándose de hijos naturales, el nacimiento es un momento importante para establecer el posible reconocimiento del hijo.

La edad de catorce años.- representa importantes consecuencias en la capacidad de goce para ciertos actos del derecho familiar, para la mujer representa la edad apta para el matrimonio (artículo 148). Para adopción también se requiere el consentimiento del adoptado que ha cumplido los catorce años de edad (artículo 397 fracc. IV del Código Civil).

La edad de dieciséis años.- También tiene especiales consecuencias en el matrimonio, para el varón determina la edad núbil, y en la tutela dativa requiere el consentimiento del menor para la designación del tutor conforme al artículo 496 y en materia hereditaria, determina la capacidad para hacer testamento (artículo 1306 del Código Civil).

La edad de dieciocho años.- Se presenta la emancipación del menor tanto en el derecho de las personas como en el derecho familiar, se produce una plena capacidad de ejercicio. El artículo 646 nos habla de que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos y el 647 de la libertad que tiene para disponer de su persona y de sus bienes.

Capacidad de ejercicio.

Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos de celebrar en nombre propio actos jurídicos de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.

1.3 DERECHO INTERNACIONAL.

Diferencias entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional.

Según el maestro Adolfo Miaja, existen dos vías distintas para el estudio de tal diferencia, el primero desde el punto de vista material, en el cual dos normas pueden diferir entre sí por su distinto contenido, puesto que cada una de ellas regula distintas relaciones humanas, y el segundo

desde el punto de vista formal, en el cual las normas se diferencian por la fuente que les dio origen.

En algunas ocasiones es posible diferenciar el derecho interno del derecho internacional desde estos dos puntos de vista (el material y formal), como por ejemplo, el Código de Comercio y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, los cuales difieren entre sí, material y formalmente, el primero se refiere a relaciones humanas internas y procede de una fuente interna, mientras que la segunda emana de una fuente internacional y esta destinada a regular relaciones internacionales.

Pero no siempre una norma puede calificarse acumulativamente de interna o internacional en virtud de ambos criterios. Puesto que existen reglas internacionales por su fuente, destinadas a regular relaciones internas, así como normas emanadas de fuente interna, cuyo contenido afecta a relaciones que trascienden de la vida del respectivo Estado.

Para el jurista Adolfo Miaja existen cuatro categorías de reglas jurídicas, para la delimitación del derecho internacional con el interno¹⁵:

Reglas internas por su origen y por su contenido (Código Civil).

Normas de origen internacional, pero que por su contenido están destinadas a regular relaciones de carácter interno, verbigracia, la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es objeto de estudio de la presente investigación.

Normas de origen interno y de contenido internacional (un ejemplo es la Ley de Nacionalidad y Extranjería), y

Normas Internacionales por su fuente y por su contenido.

En estas cuatro categorías de delimitación del Derecho internacional con el interno, las únicas que ofrecen dificultad son la segunda y la tercera,

¹⁵ MIAJA, Adolfo. "Derecho Internacional Público". ed. 5ª Ed. Atlas. España 1977. p.30

puesto que una concepción material del Derecho Internacional, incluiría en el orden internacional a la tercera, por ser destinado a regir relaciones internacionales, mientras que una concepción formal daría entrada al orden internacional, a las reglas de la segunda clase y no así a las comprendidas en la tercera, por no haber surgido de una fuente internacional, como sería una convención o tratado internacional.

Por lo cual el internacionalista Adolfo Miaja menciona que: "El derecho internacional es por consiguiente, un ordenamiento jurídico, y la pertenencia a él de determinada norma se decide en virtud del criterio puramente formal derivado del origen de la misma, abstracción hecha de su contenido"¹⁶.

Por lo cual podemos decir que la comunidad internacional posee su propio sistema de producción de normas jurídicas, diferente del aparato legislativo nacional, para la creación de normas internas, lo cual no quiere decir que los estados no intervengan en la creación de reglas internacionales, simplemente que son distintas las formas que se utilizan para la creación de normas internas, pues éstas son creadas por el Congreso de la Unión.

El derecho internacional, normalmente para su estudio es dividido en dos, el derecho internacional público y el derecho internacional privado, este último es definido en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, como el conjunto de reglas aplicables a los individuos en sus relaciones internacionales. Mientras que la definición del Derecho Internacional Público es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre Estados y organismos internacionales.

¹⁶ *Ibidem*, p. 33

Fuentes del Derecho Internacional.

Existe una diversidad de fuentes, las cuales conforman el derecho internacional, la mayoría de los autores coinciden en el tipo de fuentes, las cuales nutren el derecho internacional, dándole vida y organización a éste. Para Seara Vázquez éstas se dividen en las siguientes¹⁷:

Fuentes.	Fundamentales	Tratados
	Subsidiarias	Costumbre internacional
		Principios Generales del Derecho
		Jurisprudencia
		Doctrina
Resoluciones de órganos internacionales		

Para la Corte Internacional el derecho internacional debe ser aplicado en determinado orden, y textualmente dice: "deberá aplicar:

Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como si se tratara de Derecho;

Los principios generales de Derecho reconocido por las naciones civilizadas;

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

Las cuales nos dan una referencia básica y concreta para entender las fuentes del derecho internacional y la forma en que deben ser aplicadas por

¹⁷ SEARA VÁZQUEZ, Modesto. "Derecho Internacional Público", ed. 4ª Ed. Porrúa, México 1974. p. 58

un orden jerárquico, aunque este problema no tiene una importancia primordial, pero si hay un tratado en vigor entre las partes, la corte debe aplicarlo en primer lugar, y solamente si no hay tratado acudirán a la costumbre, puesto que los estados son libres para que en sus relaciones recíprocas deroguen una costumbre, con la reserva que ésta no será aplicable a terceros Estados. Y solamente cuando las fuentes fundamentales, no sean suficientes puede el juez recurrir a las fuentes subsidiarias, afirma el Maestro Seara Vázquez.¹⁸

1.4 TRATADOS, CONVENIOS Y CONVENCIONES.

En opinión del internacionalista Arellano García, la fuente más importante del derecho internacional público son los tratados, ya que en ellos obra el consentimiento expreso de los Estados miembros, en los cuales se concreta con precisión y claridad, por escrito, las normas jurídicas internacionales que vinculan a los Estados celebrantes, ya que en éstos hay una mayor certidumbre en cuanto al contenido del derecho.¹⁹

No existe una distinción categórica entre los tratados convenios y las convenciones, en general entran todos éstos en la definición de tratado, como su acepción más común o genérica como observaremos en las siguientes definiciones. La Ley sobre la Celebración de Tratados nos menciona en su artículo 2 fracción I, el concepto que se da al tratado para efectos de la misma ley.

“Tratado: el convenio regido por el derecho internacional público,

¹⁸ Ibidem, p. 59

¹⁹ ARELLANO GARCÍA, Carlos. “Derecho Internacional Público”, ed. 11ª Ed. Porrúa, México 1995. p. 186

celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.”

Continuamos con la definición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo primero inciso a).

“Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”

Para el maestro Arellano García el tratado es: “una especie de género, acto jurídico. Es una doble o múltiple manifestación de voluntades de sujetos de la comunidad internacional, con la intención lícita de crear, modificar, extinguir, transmitir, conservar, aclarar, respetar, constatar, certificar, detallar, etcétera, derechos y obligaciones.”²⁰

Mientras que Seara Vázquez lo define como: “Tratado es todo acuerdo concluido entre dos o más sujetos del Derecho internacional.”²¹

En estas definiciones se emplea la expresión de sujetos de derecho internacional o sujetos de la comunidad internacional, porque si se empleara la expresión de Estados soberanos, se omitiría a los organismos internacionales.

Las normas que regían el derecho de los tratados eran, hasta 1980, esencialmente de carácter consuetudinario. El 23 de mayo de 1969, como culminación de los trabajos emprendidos por la Comisión de Derecho

²⁰ *Ibidem*, p. 187.

²¹ SEARA VÁZQUEZ, Op Cit. p. 59.

Internacional de las Naciones Unidas, se firmó en Viena la llamada *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, que entró en vigor el 27 de enero de 1980, tras haber recibido las ratificaciones de 35 de los signatarios, tal como está previsto, en México fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de 28 de Abril de 1988.

Los tratados internacionales son susceptibles de clasificarse desde diversos puntos de vista²²:

Desde el punto de vista del número de sujetos que celebran los tratados internacionales. Son bilaterales los que se celebran entre dos Estados, o entre dos organismos internacionales, o entre uno de éstos y uno de aquéllos. Son multilaterales o plurilaterales aquellos en los que intervienen más de dos Estados u organismos internacionales.

Desde el punto de vista de la reunión de requisitos formales internos los tratados internacionales pueden clasificarse en formales e informales. Son formales aquellos que se verifican mediante la satisfacción de todos los requisitos legales establecidos por el derecho interno de cada uno de los Estados que intervienen. Son informales aquellos tratados en los que uno o varios de los Estados celebrantes del tratado no cumplen con todos los requisitos establecidos por su derecho interno.

Desde el punto de vista del alcance de las *normas jurídicas* contenidas en el texto de los *tratados internacionales* éstos suelen clasificarse como *tratados leyes* o *tratados contratos*. Son *tratados contratos* los que establecen derechos y obligaciones recíprocas entre las partes. Son *tratados leyes*, los que consagran reglas generales a observar en el futuro por los Estados y organismos internacionales.

Desde el punto de vista de la duración de los tratados internacionales

²² ARELLANO GARCÍA, Op Cit. p. 186.

pueden ser permanentes o transitorios. Son transitorios los tratados que tienen una duración circunscrita a un periodo cronológico fijado en el texto del propio tratado (tienen una *vigencia temporal*). Son permanentes aquéllos que pretenden regir indefinidamente hacia el futuro una situación entre los Estados celebrantes.

Hay una serie de principios generales y fundamentales que rigen el derecho de los tratados de los cuales el maestro Seara Vázquez señala que los principales son:

El principio "*pacta sunt servanda*".- Los tratados deben ser cumplidos de acuerdo con la buena fe. Puesto que si no fuera así, la seguridad de las relaciones internacionales estaría comprometida al dejarse a la voluntad de las partes el cumplimiento o incumplimiento de los pactos.

El principio "*res inter alios acta neque nocere neque prodesse potest*".- Un tratado no puede obligar a sujetos que no han participado en él, en razón de que éstos no han dado su consentimiento.

El principio de que el consentimiento es la base de la obligación jurídica.

Procedimiento de Creación de los Tratados.

En el procedimiento de creación de los tratados podemos distinguir tres fases: negociación, manifestación del consentimiento y ratificación.

La Negociación es el conjunto de operaciones encaminadas a establecer el texto del tratado, la cual tiene lugar en el cuadro de discusiones celebradas entre los agentes diplomáticos de un Estado y los representantes de otro.

Para considerar que una persona representa al Estado en la celebración de un tratado y así poder aceptar las obligaciones derivadas de ese tratado, se requiere que presenten plenos poderes otorgados por los órganos competentes de su Estado, o que exista una clara intención de los Estados de dar a las personas las funciones de representación sin el

otorgamiento de los plenos poderes. Tal como podrían ser los Jefes de Estado.

Dentro del texto de los tratados podemos distinguir en ellos una serie de elementos entre los cuales encontramos los siguientes:

Preámbulo, el cual comprende un listado de las partes contratantes, ya sean Estados u órganos internacionales.

Exposición de motivos, aunque no siempre suele terminar el preámbulo con una exposición de motivos es de gran utilidad porque permite conocer los propósitos de las partes contratantes, y puede ayudar a la interpretación del texto cuando éste ofrece algunas dudas.

El cuerpo del tratado, es el texto del tratado en sí, y casi siempre está dividido en artículos, y a menudo también en partes o capítulos, en éste se plasman los derechos y obligaciones que adoptan las partes contratantes. A veces se añade uno o varios anexos para las cuestiones técnicas, que son redactados por expertos en la materia.

Adopción del texto, según dispone la Convención de Viena, en su artículo 9, el texto de un tratado será adoptado por consentimiento de los Estados participantes en su elaboración, pero cuando se trate de una conferencia internacional, la adopción se efectuará por la mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que por esa misma mayoría se decida otra cosa.

Manifestación del consentimiento

Los medios pueden ser varios, según la Convención de Viena pueden ser los siguientes: firma, canje de los instrumentos que constituyen el tratado, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión o cualquiera otra que se hubiere convenido, con lo cual se establece como auténtico y definitivo el texto del tratado.

La Ley Sobre la Celebración de Tratados, en su artículo quinto nos habla de la manifestación de la voluntad de los Estados Unidos Mexicanos

para obligarse, como sigue: "La voluntad de los Estados Unidos Mexicanos para obligarse por un tratado se manifestará a través de intercambio de notas diplomáticas, canje o depósito del instrumento de ratificación, adhesión o aceptación, mediante las cuales se notifique la aprobación por el Senado del tratado en cuestión."

La Firma.

Una vez concluidas las negociaciones, se requiere la manifestación del consentimiento a través de la firma, la cual puede ser "*ad referendum*" o la rúbrica de los representantes de los Estados, en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que se haya adoptado el tratado.

La firma tiene una doble función, una es el reconocer por parte de los representantes de los Estados el contenido del tratado, y fijar el final del periodo de la negociación, y por otro lado, también significa la expresión del consentimiento del Estado, para obligarse por el tratado.

La Ley Sobre la Celebración de Tratados en su artículo segundo fracción tercera dice "Firma *ad referendum*: el acto mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos hacen constar que su consentimiento en obligarse por un tratado requiere, para ser considerado como definitivo, de su posterior ratificación.

El canje.

Es otro de los medios de manifestación del consentimiento de los Estados, en el cual se intercambian los instrumentos que constituyen el tratado, cuando en los mismos instrumentos consta la voluntad del Estado en ese sentido.

La adhesión.

Es el acto mediante el cual un Estado que no ha firmado un tratado puede entrar a formar parte de él. Para que exista la adhesión es necesario que el tratado la contemple o que los Estados miembros acepten con posterioridad que pueda existir la incorporación de otro Estado al tratado.

Pudiendo limitar la entrada a otros Estados en la forma que crean conveniente, reduciéndola a los Estados que se encuentran en determinada zona geográfica, o excluyendo expresamente algunos o permitiéndoles únicamente la adhesión a ciertas disposiciones convencionales y no a todas.

Ratificación, aceptación y aprobación.

La Convención de Viena hace a estos términos una referencia general sin dar una definición que los explique. El artículo 14 habla de la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación, lo que realmente significa es que se someterá a ratificación. Por lo cual tomamos estos tres puntos de forma conjunta.

Por ratificación se pueden entender dos cosas distintas aunque relacionadas, por una parte, la operación mediante la cual el Estado establece, en su derecho interno, los requisitos para obligarse internacionalmente. Cada país tiene sus propias normas constitucionales para determinar cuál es el órgano competente para obligar internacionalmente al Estado. El otro es la operación que se realiza en el ámbito internacional, para darle al tratado su fuerza obligatoria.

Debemos ampliar en este punto el cual está directamente relacionado con la obligatoriedad de los tratados en el cual la Ley Sobre la Celebración de Tratados, en su artículo segundo fracción quinta señala: "ratificación, adhesión o aceptación: el acto por el cual los Estados Unidos Mexicanos hacen constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado."

Esta ley en su artículo cuarto habla sobre la ratificación que el Senado de la república debe otorgar, diciendo: "Los tratados que se sometan al Senado para los efectos de la fracción I del artículo 76 de la Constitución, se turnarán a comisión en los términos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, para la formulación del dictamen que corresponda. En su oportunidad, la resolución del Senado se

comunicará al presidente de la República. Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación.”

Para la Convención de Viena no se presupone la ratificación de los tratados, solo en los casos en que: a) el tratado así lo dispone, b) los Estados partes han acordado que se someta a ratificación, c) el representante del Estado firma a reserva de ratificación, y d) la intención del Estado de someter el tratado a ratificación se deduce de los plenos poderes o de que se haya expresado en este sentido durante la negociación.

Como ya hemos visto, para México es necesario que exista la aprobación del Senado, según el artículo 76, fracción primera Constitucional, el cual nos habla de las facultades exclusivas del Senado.

Las reservas.

Es el acto jurídico unilateral por el cual un Estado parte en un tratado declara que rechaza la aplicación de ciertas disposiciones, o que les atribuye determinado sentido. Al hacer una reserva, el Estado quedaría desligado de determinada obligación objeto de ella, pero tampoco podrá exigir de los otros su cumplimiento.

Las reservas pueden formularse en el momento de la firma, la ratificación, la aprobación o aceptación, y en el momento de la adhesión, y el Estado que ha sido depositario (o el organismo internacional) deberá ponerlas en conocimiento de las demás partes contratantes, para que éstas puedan hacer saber su opinión al respecto.

La Ley Sobre la Celebración de Tratados la define como “la declaración formulada al firmar, ratificar, aceptar o adherirse a un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a los Estados Unidos Mexicanos.”

Formas de extinción de los tratados.

Ejecución, para los tratados que no tienen por objeto establecer una

regla jurídica general sino la realización de un negocio jurídico concreto, una vez que éste se ha realizado y cubierto el objeto de esos tratados, es natural que se extingan, porque ya no hay razón para que continúen en vigor.

Pérdida de la calidad estatal de una de las partes, cuando un Estado desaparece por cualquier causa (guerra, integración de su territorio al de otro Estado, etc.) los tratados que había concluido se extinguen, aunque en algunos casos puedan subsistir determinadas obligaciones y derechos, como los derivados de tratados relativos a la situación territorial. Pero no así en el caso del cambio de gobierno, que no influye en la existencia de los tratados, porque el Estado seguirá ligado por los tratados que hubiesen sido concluidos en su nombre, cualquiera que sea el gobierno que ostente el poder.

Acuerdo entre las partes, los Estados partes en un tratado pueden declararlo sin valor por un nuevo acuerdo, ya sea de manera expresa mediante la inclusión de una cláusula dirigida a ese fin, ya sea de manera tácita cuando el nuevo tratado es incompatible con el anterior.

Término, muy a menudo los tratados son concluidos para un período determinado, a cuyo fin cualquiera de los Estados contratantes puede declararlo sin vigor unilateralmente.

Denuncia, es el acto jurídico por el cual un Estado parte en un tratado declara su voluntad de retirarse, basándose en las condiciones a ese respecto establecidas anteriormente en él. La denuncia de un tratado bilateral significa su extinción, en un tratado multilateral el tratado seguirá en vigor entre los otros contratantes, teniendo la denuncia, como único resultado, el fin de los efectos del tratado respecto al Estado denunciante.

Renuncia, es el acto unilateral por el que un Estado declara su voluntad de considerar extinguido un tratado que le concede ciertos derechos sin contrapartida de obligaciones y no se requiere de la aceptación

de la renuncia.

1.5 OBLIGATORIEDAD DE LOS TRATADOS.

Los problemas surgen cuando entre el derecho internacional y el derecho interno de un país existen discrepancias, no coinciden entre sí, por lo cual es indispensable considerar cuál de ellas debe prevalecer, por lo cual se han desarrollado teorías para la solución de este conflicto. Algunas de las teorías son las siguientes:

Teoría Dualista.

Esta teoría fue expuesta por los autores Triepel y Anzilotti, en la cual sostienen que el derecho internacional y el derecho interno son órdenes jurídicos distintos uno de otro y mencionan sus diferencias:

Diferentes fuentes: En el derecho interno la principal fuente del derecho es la Ley, la cual es producto de la voluntad unilateral del legislador. Mientras que en el derecho internacional no existe un legislador internacional, en sentido estricto, capaz de crear normas jurídicas de manera unilateral, y someter los Estados que conforman la comunidad internacional a ésta. En el derecho internacional la principal fuente está constituida por los tratados internacionales, que son producto de la voluntad colectiva de los Estados que los celebran.

Diferentes sujetos: En el derecho interno las normas jurídicas tienen como sujetos destinatarios de ellas a los gobernados y también a los gobernantes pero no a todo el Estado. En el derecho internacional las normas jurídicas tienen como sujetos de ellas principalmente a los Estados, considerados éstos en su integridad, aunque es frecuente que también tengan aplicabilidad para gobernantes y gobernados de los Estados.

Diferente poder de coacción: En el derecho interno existen tribunales

ante los cuales pueden ser llevados obligatoriamente los sujetos que incurren en incumplimiento de los deberes a su cargo, derivados de las normas jurídicas internas, mientras que en el derecho internacional existen cortes de carácter internacional de justicia, los cuales pueden dirimir las controversias entre los Estados, pero carecen de fuerza compulsiva para llevar a juicio a un Estado que fuera demandado, se requiere que éstos acepten la jurisdicción de las cortes o tribunales internacionales, además de que estos tribunales carecen de órganos ejecutivos capaces de impeler el cumplimiento forzado de la conducta emanada de la sentencia de dicho tribunal o corte, como en el derecho interno.

Diferentes ámbitos territoriales de aplicación: La norma jurídica interna está destinada a tener una aplicación territorial, limitada al Estado por el cual fue hecho y solamente por excepción tener una aplicación extraterritorial, pero requiere de una norma conflictual internacional o interna, que le dé aplicabilidad a la norma extraña al orden interno del país en el que pretende aplicabilidad. Mientras que la norma jurídica internacional ha sido creada para regir en la comunidad internacional sin limitarse al territorio de un Estado.

De acuerdo con la teoría dualista las normas jurídicas internas y las internacionales, rigen cada una en su correspondiente ámbito de aplicación y que solamente los tratados internacionales podrán tener validez en lo interno requiriendo de normas internas que le den aplicabilidad interna.

Teoría Monista Internacionalista.

Asevera que sólo existe un orden jurídico en el cual las normas jurídicas pueden ser internas o internacionales y que si existe una oposición entre las normas internas y las internacionales prevalecerá alguna de éstas, sin embargo la teoría monista da primacía a la norma jurídica internacional, es decir, en caso de que exista oposición entre la norma jurídica interna y la internacional prevalecerá la de carácter internacional.

Arellano García al comentar a Hans Kelsen apoya y da razones para que esta teoría tenga una expresión jurídica científica al decir, "Pero la teoría pluralista es también insostenible por razones lógicas. El derecho internacional y el derecho nacional no pueden ser sistemas normativos distintos e independientes entre sí, si las normas de ambos sistemas son consideradas válidas para el mismo espacio y el mismo tiempo. No es posible desde el punto de vista lógico, sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí"²³.

Asimismo Hans Kelsen le da supremacía a la norma jurídica internacional, al ponerla en el orden jerárquico normativo en la cúspide al señalar que: "El conflicto entre una norma establecida del derecho internacional y otra del derecho nacional, es un conflicto entre una norma superior y otra inferior."²⁴

Teoría Monista Nacionalista.

Esta teoría al contrario de la anterior señala que en el supuesto de un conflicto entre una norma internacional y una interna, prevalecerá la interna, por la falta de existencia de una autoridad supraestatal capaz de coaccionar al Estado infractor de la norma internacional para que cumpla forzosamente la conducta debida por lo que el Estado se ha autolimitado al contraer el compromiso y cuando deja de cumplirlo simplemente recupera sus potestades soberanas y deja de autolimitarse.

Teoría que asigna al Derecho internacional una razón de obligatoriedad extrajurídica.

Esta teoría además de negar la existencia del derecho internacional estima que la limitación al actuar del Estado frente a los otros, resulta de la

²³ ARELLANO GARCÍA, Op. Cit. p. 97

²⁴ Ibidem p. 98

fuerza desplegada por los otros Estados o que aparecen impuestas por normas de carácter no jurídico y no por el resultado de la vinculación de normas jurídicas.

Se estima que el Estado es un fin en sí mismo, y que los conflictos entre éstos no admiten otra solución que la impuesta por la fuerza, puesto que el Estado no hace más que servir a sus propios intereses, *sin someterse más que a la fuerza*

La doctrina sociológica francesa.

Para esta corriente, la base para la existencia del derecho internacional es el hecho social, la colaboración con sus semejantes, puesto que el hombre ha vivido en sociedad, lo cual requiere de normas sociales de conducta. Por lo cual la colectividad internacional es una sociedad de individuos, sujetos de derecho, pertenecientes a diferentes sociedades nacionales y que por el solo hecho de su existencia, generan normas jurídicas para mantener la solidaridad entre éstos por lo tanto siempre que existan relaciones entre los Estados se debe generar un cumulo de normas, las cuales resguarden un bien (la armonía internacional), el cual debe ser jurídicamente tutelado por el derecho²⁵.

En la práctica, las normas internas de los diversos países siguen dos sistemas:

La que da supremacía a las normas internas, sobre la norma jurídica internacional, y

La que dan supremacía a la norma internacional sobre la norma jurídica interna.

A continuación observaremos las formas en que diversos países precisan la manera de cómo será cumplida la norma internacional.

²⁵ MIAJA, Adolfo; *Op. Cit*; pp. 55-58

En Inglaterra, priva el sistema de la incorporación y el principio de que el derecho internacional es parte del derecho interno, pero incluso le da preeminencia al derecho internacional, en el caso de que éstos se pudiesen oponer.

En los Estados Unidos de América consideran a la Constitución, las leyes de los Estados Unidos y los tratados celebrados bajo la autoridad de los Estados Unidos, como ley suprema del país, todo esto plasmado en el artículo 6 párrafo 2º de la Constitución Federal. Misma que inspiró al artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, y también a Argentina.

Para Austria el derecho internacional es parte del derecho federal, al igual que Bélgica, en donde las normas de derecho internacional tienen fuerza de ley, excepto prueba en contrario.

En Costa Rica se establece la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas como lo establece la Constitución de Costa Rica: "los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes."²⁶

La Constitución francesa, reconoce la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno y menciona su carta magna la falta de necesidad de algún tipo de disposición legislativa extra a las que puedan haber sido necesarias para asegurar su ratificación.

En México encontramos la obligatoriedad de los tratados internacionales plasmada en la Constitución, en el artículo 133. Según dicha disposición, la Constitución Federal, las leyes del Congreso de la Unión que

²⁶ ARELLANO GARCÍA; Op. Cit; p. 104

emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma serán considerados como ley suprema de toda la Unión. Aunque doctrinalmente no se duda sobre el principio de supremacía de la Constitución Federal, sobre las demás leyes y tratados internacionales, tal y como lo señala el constitucionalista Tena Ramírez al decir: "el único poder soberano es el Constituyente y de allí que su obra, que es la Constitución, sea la única suprema. Ninguna de las dos jurisdicciones que al implantar el sistema federal estableció la Constitución -esto es, la jurisdicción federal y la local-, pueden igualar ni menos superar en su ejercicio a la constitución, sino que tienen que acatarla"²⁷

Pero que pasa con las leyes federales y los tratados internacionales, sobre las leyes locales, el doctrinario García Máynez, menciona que la referencia constitucional alude a la supremacía de la legislación federal sobre la particular de los estados, siempre que estos preceptos (leyes o tratados) estén conforme a la Constitución²⁸.

Así pues, no queda duda que lo constitucional prevalecerá sobre lo inconstitucional, pero en el caso de que exista una oposición de la ley local, aplicable en el juicio, con una ley federal o un tratado, que norma la misma materia regulada por aquélla, ¿qué es lo que debe prevalecer?, el maestro Tena Ramírez nos indica que las leyes o tratados prevalecerán sobre las leyes locales de los Estados. "se infiere que el juez local debe preferir las leyes federales a las de su propio Estado, pero a condición de que aquellas sean constitucionales"²⁹

Por último señalaremos los razonamientos que el maestro Arellano

²⁷ TENA RAMÍREZ, Felipe "Derecho Constitucional Mexicano", 29ª ed., Ed. Porrúa, México 1995. p. 546.

²⁸ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO Op. Cit., p. 1965.

²⁹ TENA RAMÍREZ Op. Cit. p. 547.

García resalta respecto de la interpretación del artículo 133.

Establece la jerarquía que corresponde a las diversas normas del sistema jurídico mexicano.

Fija una subordinación de las leyes ordinarias federales a la constitución.

Determina un mayor valor jerárquico de las normas federales constitucionales, de las normas internacionales contenidas en los tratados internacionales y de las normas federales ordinarias frente a las normas jurídicas constitucionales o normas jurídicas ordinarias de los Estados de la República.

Indica una supremacía de la norma jurídica interna constitucional respecto de la norma jurídica internacional contenida en algún tratado internacional.

Señala una mayor jerarquía de la norma jurídica internacional frente a las normas jurídicas constitucionales o secundarias de los Estados de la República.³⁰

1.6 FILIACIÓN Y ESTADO JURÍDICO DE LA FILIACIÓN.

Una connotación amplísima del termino filiación, es aquella en la cual se comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de ésta manera puede hablarse de la filiación no solamente en línea ascendente, sino también descendente.

Mientras que en una connotación estricta, la filiación es: la relación de

³⁰ ARELLANO GARCÍA Op Cit. pp. 104-105.

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

Marcel Planiol nos habla de ésta: "la filiación, tomada en el sentido natural de la palabra, es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea; pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estricto, y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo... la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado, y su repetición produce las líneas o series de grados"³¹

El civilista argentino Zannoni nos da un concepto de filiación, por el cual se incluyen a otros parientes, además de incluir diversas relaciones familiares, las cuales veremos más adelante. "Es el conjunto de relaciones jurídicas que determinada por la paternidad y la maternidad vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia, pero desde una perspectiva amplia comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares."³²

Galindo Garfias dice que: "la filiación es el presupuesto jurídico necesario, la "*conditio sine qua non*" para conocer la situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra"³³.

Filiación legítima, es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo

³¹ ROJINA VILLEGAS Op. Cit. p. 591

³² ZANNONI. Op. Cit. p. 283.

³³ GALINDO GARFIAS; Op. Cit; p.229

concebido en matrimonio y sus padres, es requisito que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres, y no simplemente que nazca durante el matrimonio porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio y daría lugar a otra figura específica para el caso en especial.

El hijo legítimo puede nacer cuando el matrimonio de los padres esté ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio, o por nulidad, y en estos casos su legitimidad se determina por virtud de su concepción, nunca por el nacimiento.

Por lo tanto la *filiación de hijos de matrimonio* se funda en la existencia del matrimonio de los padres, y se hace referencia, como se ha dicho, a la concepción y al nacimiento para atribuir a los cónyuges.

De estas premisas el autor Ruggiero deriva los siguientes principios:³⁴

El hijo legítimo tiene por madre la mujer que lo concibió durante el matrimonio, y por padre el marido de ésta.

El marido es padre legítimo siempre que el hijo nazca durante el matrimonio y el tiempo que media entre el 180 día posterior a la celebración y el 300 día siguiente a la disolución.

El hijo nacido en el período antes dicho ostenta una legitimidad que no puede ser destruida con pruebas tendientes a demostrar la ilegitimidad del hijo.

El hijo nacido fuera del período predicho no es sin más ilegítimo, sino que se presume legítimo en tanto no se impugne su estado aparente de legitimidad.

Los artículos 324, 334 y 340 del Código Civil establecen que: Filiación natural es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no

³⁴ RUGGIERO ROBERTO, *Instituciones de Derecho Civil*, v. II, pp 857 y 858.

estaba unida en matrimonio, tomándose de nueva cuenta el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio.

Para Galindo Garfias la "Filiación natural es la manifestación jurídica del hecho biológico de la procreación."³⁵ Mientras que el maestro Borda menciona que los hijos naturales son aquellos de padres que podían casarse.³⁶

Se distinguen formas de filiación natural: La filiación natural simple es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir no había ningún impedimento que pudiese originar una nulidad en el matrimonio si éste se hubiere celebrado.

En los artículos 77 y 78 se hace mención de ésta al llamarse a los hijos naturales.

La filiación natural se llama adulterina, cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto al marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa. (artículos 62, 63 y 374 C.C.)

Borda señala de manera simple que los hijos mal llamados Adulterinos son los nacidos de padres casados con otra persona.³⁷

La filiación natural puede ser incestuosa cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impida el matrimonio, sin celebrar éste. Es decir, entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, entre

³⁵ GALINDO GARFIAS; Op. Cit; p. 228

³⁶ BORDA, Guillermo. "Tratado de Derecho Civil". Familia, 8ª ed., Ed. Perrot. Argentina 1985. p.

13.

³⁷ Ídem

hermanos o medios hermanos, o sea, parientes de segundo grado en línea colateral y parientes de tercer grado en línea colateral, aunque éste es un parentesco susceptible de dispensa, aunque en realidad no se señala quien debe otorgar la dispensa. (Artículos 64 y 156 frac. III)

Por tanto los hijos incestuosos de los cuales nos habla nuestro Código Civil Federal, son aquellos de padres que tienen un impedimento de parentesco para contraer matrimonio (en el Código Civil para el Distrito Federal se derogaron los artículos 62 y 64 que nos hablaban del los hijos adulterinos e incestuosos).

El Maestro Borda incluye otra división la cual no es considerada por el Código Civil para el Distrito Federal y es la de hijos Sacrílegos los que procedían de padre clérigo de órdenes mayores o de persona, padre o madre ligada por voto solemne de castidad en ordenes religiosas aprobadas por la iglesia.³⁸

Filiación legitimada es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración. (artículos 354 al 359 del C.C.)

Estado jurídico de la filiación.

En el hecho jurídico de la procreación, simplemente el derecho toma en cuenta la paternidad o la maternidad, es decir, el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre o con la madre, así el estado jurídico de la filiación parte del hecho biológico, que crea el vínculo de consanguinidad, pero además interviene una situación reconocida por el derecho, que no corresponde necesariamente a la procreación como ocurre en el reconocimiento del hijo aun cuando no haya vínculo consanguíneo, como

³⁸ Ídem.

sería la filiación adoptiva.

Pero el estado jurídico de la filiación parte de una situación permanente que se desprenderá si el hijo realmente tiene dentro de la familia del padre o la madre, la calidad de hijo a través del nombre, del trato o la fama. Es decir una situación permanente que solo puede desenvolverse en el curso del tiempo, uniendo el hecho de la procreación, con otros hechos que podrán existir o no, tales como la convivencia del hijo con el padre o la madre, y el trato que por virtud de esa convivencia puede recibir, considerándolo como a un hijo. Dándole dentro del grupo social al que pertenezca la calidad de hijo, por considerarlo como tal.³⁹

El autor Baqueiro Rojas al estado jurídico de filiación lo establece como posesión de estado de hijo, teniendo las mismas características y elementos, dando una definición de ésta: "Por posesión de estado de hijo, debemos entender la situación de una persona respecto a sus reales o supuestos progenitores que lo consideran o tratan como hijo"⁴⁰

Como ya hemos dicho el estado jurídico de la filiación o la posesión de estado de hijo, tiene 3 elementos (artículo 343):

El elemento nombre, se establece por el hecho de que el presunto hijo tenga el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores.

En cuanto el elemento trato, se refiere a la del padre en relación con el hijo, ya sea que lo haya alimentado, vivan juntos en familia, y haya previsto su educación, como todo padre debe hacerlo normalmente con sus hijos.

El elemento fama, se establece por el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad general hacen de la relación filial.

Borda en su Tratado de Derecho Civil, Familia, tomo II, señala que

³⁹ ROJINA VILLEGAS, Op. Cit. p. 602

⁴⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgar. "Derecho Familiar y Sucesorio", Ed. Harla. México 1990. p. 179

para la posesión de estado basta con acreditar que padre e hijo se daban recíprocamente ese tratamiento para que se dé por admitido el hecho de la posesión.

Así, el derecho distingue el hecho jurídico aislado de la procreación, del estado jurídico que tiene ya un contenido social, familiar y humano a través de formas de conducta que constantemente se realizan, para que no sólo exista el vínculo consanguíneo, sino el vínculo jurídico social, que sólo se constituye en una situación permanente que el derecho reconoce.

1.7 PATRIA POTESTAD.

Proviene del latín *patrius*, relativo al padre y *potestas*, potestad, aunque en la actualidad ya no se contempla como un poder sobre los hijos, sino más bien como una protección que se le brinda al hijo, además es obvio que no comprende exclusivamente al padre sino a ambos cónyuges e incluso a la madre sola en defecto del padre.

El maestro Galindo Garfias señala que "la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere"⁴¹.

Chávez Asencio nos da la definición del doctrinario De Diego, sobre la patria potestad la cual dice: "el deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos"⁴².

⁴¹ GALINDO GARFIAS. "Derecho Civil. Primer Curso". Ed. Porrúa, México, 1980, p. 667.

⁴² CHÁVEZ ASENCIO Op. Cit. p. 294.

En general las definiciones hacen referencia a los derechos y deberes, que ejercen los padres o uno de ellos, sobre la persona y bienes del menor, pero además se refiere a una institución con una finalidad de asistencia y protección, por tanto es necesario delimitar y establecer en la doctrina cual es la naturaleza jurídica de dichos deberes y derechos.

Naturaleza Jurídica.

Existen diversas opiniones acerca de la patria potestad, las cuales son comentadas por el doctrinario Chávez Asencio, las cuales observan a la patria potestad desde diversos puntos de vista y son:

Como una Institución el maestro Galindo Garfias señala que la patria potestad es "una institución establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él, o de hijos adoptivos"⁴³.

También Puig Peña señala que la patria potestad es una institución jurídica, además señala que ésta es una institución necesaria para la cohesión del grupo familiar que comprende tanto la familia legítima como la ilegítima.

Derechos y deberes.

De Pina dice que "la patria potestad se define como el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes ejercen con relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria"⁴⁴

Galindo Garfias nos habla que también comprende la patria potestad un cúmulo de poderes - deberes impuestos a los ascendientes, con el fin de que éstos cuiden la persona y bienes del menor, entre otros derechos

⁴³ Ibidem 297.

⁴⁴ DE PINA VARA, Derecho Civil Mexicano. Tomo I, Ed. Porrúa México 1980 Pag. 373.

particularmente determinados.

Colin y Capitant, define como un conjunto de derechos que la ley concede a los padres, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, alimentación y educación, entiéndase como las facultades que le son conferidas para el cumplimiento de su deber.

Poder.

Los autores que el maestro Chávez menciona como partidarios de esta concepción acerca de la patria potestad, son Cabonnier, quien menciona que "la autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre, con el objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de su juventud e inexperiencia"⁴⁵. Y Zannoni, quien dice que " La asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres determinan la adscripción de aquéllos al núcleo familiar e implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece primordialmente la formación de los hijos".⁴⁶ Aunque señala que la autoridad de los padres no es un fin en sí mismo sino que se encamina al cuidado de los hijos y su educación.

Para Baqueiro Rojas la patria potestad, es también un poder tal como lo menciona su concepto de ésta: "Se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad podamos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la

⁴⁵ CHÁVEZ ASENCIO M. Op. cit. pag. 298.

⁴⁶ ZANNONI; "Derecho Familiar Tomo II" 2ª ed., Ed. Astrea. Argentina. p. 641.

mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo".⁴⁷

Función.

La concepción moderna de la patria potestad la identifican como una función que ejercen los padres para la protección de sus menores hijos. No siendo un poder o un cúmulo de derechos sobre los menores, sino como una actividad dirigida a realizar algún servicio, lo cual comprendería el cuidado y protección del hijo.

Nuestro Código Civil no concibe la patria potestad como un poder. Siempre se habla de patria potestad sin emplear éste termino, y se trata, fundamentalmente, de obligaciones y también de facultades, como el caso del artículo 423 del C.C., concibiéndose como una actividad y un servicio, por lo que bien puede emplearse el concepto función para destacar la naturaleza jurídica de la patria potestad, pero no debemos olvidar que ésta, tal como nos dice el maestro Galindo Garfias, es también una institución; entiéndase como tal, conjunto de normas que en abstracto comprenden y regulan una situación determinada, porque la ley es la que otorga los derechos para el debido cumplimiento de las obligaciones que en la ley se le imponen a los padres, no siendo simplemente una función sino además una institución necesaria.

Características:

Personal.- Es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal puesto que no pueden ser cumplidas las obligaciones de los padres a través de terceros. (artículos 414 al 416 Código Civil.)

Participación de ambos.- Como ya hemos mencionado, en la patria potestad se da una participación de ambos padres en el caso de matrimonio

⁴⁷ BAQUEIRO ROJAS Op.Cit., p. 227

y concubinato, y en ausencia de ellos los abuelos paternos o maternos. Solo en caso de que el padre o la madre legalmente o por muerte de uno no pudieran ejercer la patria potestad, lo hará el que quede. (artículo 416 y 420 C.C.)

Obligatoriedad.- Ejercer la patria potestad es obligatorio, y esta obligatoriedad se deriva de su propia naturaleza, pues de la patria potestad no puede desligarse los padres, y así lo señala el artículo 448 al proclamar la irrenunciabilidad de la patria potestad.

Representación total.- Comprende un conjunto de deberes y obligaciones orientados a la persona del menor. Diversa a la que puede encontrarse en el derecho patrimonial. Es una representación a la persona, que se da para el desempeño de los deberes jurídicos familiares, buscando la protección integral del menor, tanto en su persona como en sus bienes, y que busca el desarrollo y cuidado del menor en todo el aspecto humano, sociológico y psicológico. Así nos encontramos con una representación amplísima, en la que se comprende no sólo lo patrimonial y económico, sino a la persona misma del representado, lo que se da sólo en el derecho familiar (artículo 424 y 427 C.C.). Sólo como excepciones se encuentran los bienes que el hijo adquiriese en razón de su trabajo (artículos 428 y 429 C.C.) y cuando existe un interés opuesto de los padres al de los hijos (artículo 440 C.C.).

Temporal.- Señalaremos los casos en que termina o se suspende la patria potestad según nuestro código civil, los cuales se encuentran en el título octavo, capítulo tercero, entre los artículos 443 a 448.

Pero como observamos en el artículo 448 de la misma ley, la irrenunciabilidad de la patria potestad, se deriva de su propia naturaleza ya que se trata de una obligación legal de orden público que además debemos relacionar con el artículo 6 del mismo Código Civil, en el cual observamos que sólo pueden renunciarse los derechos que no afecten directamente el

interés público o bien cuando la renuncia no implique perjuicio a los derechos de un tercero, por tanto la inobservancia de estos derechos acarrearía un daño al desarrollo del menor, al dejarlo sin protección o la atención que el menor requiere.

1.8 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES.

Por cuanto hace a los deberes que los padres tienen con relación a sus hijos señalaremos cuáles son las principales obligaciones que los padres tienen para con sus menores hijos y los derechos que se les otorgan para cumplir con su cuidado, protección y conveniente desarrollo.

Para el civilista Zannoni la asistencia y educación son el contenido que enmarcan los derechos y obligaciones de los padres, y menciona: "En términos generales puede afirmarse que los contenidos personales -o deberes-, derechos personales que la patria potestad importa, se traduzcan en la guarda, asistencia y educación de los hijos menores de edad no emancipados"⁴⁸.

Custodia.

La custodia es el primer deber de los padres con relación a los hijos menores y no emancipados, el cual significa, "tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado"⁴⁹, esta custodia debe ser cumplida con cuidado, lo que significa la intensidad o profundidad con la que la custodia se debe dar en la relación paterno filial. La custodia se debe dar con solicitud, atención y respeto a la persona del menor. El artículo 413 en el que se señala que el ejercicio de la patria potestad queda sujeto a la guarda y educación de los

⁴⁸ ZANNONI Op. Cit., Tomo II, p. 722

⁴⁹ CHÁVEZ ASENCIO Op. Cit., p. 319.

menores. Guarda según el diccionario planeta es "Persona encargada de conservar o custodiar algo."

En la custodia están comprendidos otros deberes y derechos correlativos de ésta relación, como lo son:

Convivencia.- El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia, así pues es normal que exista una vida en común entre los padres y los hijos, una convivencia familiar, como lo señala el artículo 421 "mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente." Zannoni lo define así "Derecho - deber de los padres de convivir con los hijos y la correlativa obligación de éstos de habitar con sus padres"⁵⁰.

Protección a la persona.- Dentro del cuidado y custodia está la protección de la persona del hijo, frente a los peligros que puedan amenazar su integridad física o mental.

Vigilancia de sus actos.- Dentro del deber de guarda va incluido el deber de vigilancia, por lo cual los padres responderán de las consecuencias de los daños en que hayan incurrido sus hijos en cuanto ellas se deban a la falta de vigilancia. En nuestra legislación, el artículo 1919 C. C. previene que "los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos". El artículo 1922 agrega que "ni los padres ni tutores tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a cuidado y vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera

⁵⁰ ZANNONI. Op. Cit. p. 711

circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.”

Asistencia.- (Artículo. 711), la cual no se reduce a proporcionar los medios económicos para la subsistencia física, sino substraer a los hijos de todo peligro en su formación humana.

Educación.- toda vez que educar significa “dirigir, encaminar, adoctrinar, desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, el ejemplo, etc.”⁵¹

En nuestro derecho, aun cuando la educación está comprendida dentro del concepto de alimentos, a ella se hace especial referencia en los artículos 413 y 422. Es un deber de los cónyuges que corresponde a ambos en igualdad de responsabilidades, según lo disponen los artículos 164 y 168.

A este deber corresponde el deber de respeto y obediencia de los hijos, como respuesta de su responsabilidad. Así si existe el deber de los padres de educar, de expedir órdenes y de ejercer la autoridad, como respuesta está el deber de obediencia de los hijos, quienes reconocen la autoridad de los padres.

Pero el artículo 423 del Código Civil previene que para lograr la educación de los menores los que ejercen la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos; pero se agrega que deben observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo, esto es muy importante para el buen desarrollo del menor en su comunidad y su conveniente armonía en ella.

Con relación a los derechos de la personalidad existen situaciones en que se involucran quienes ejercen la patria potestad.

⁵¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Madrid, 1970.

Derecho al nombre.- Es un deber de los padres casados dar su apellido al hijo, el que se asentará en el acta de nacimiento (artículo 58 C.C.). En el caso de los hijos extramatrimoniales, se hará constar el nombre de la madre, pues ésta, según el artículo 60 C.C., no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo; sólo podrá hacerse mención al nombre del padre cuando así lo pida éste. Frente a este deber de los padres de dar nombre y apellido a sus hijos, está el derecho de ellos a llevar el apellido paterno de sus progenitores cuando estos lo reconozcan (artículo 389 Fc. I).

Alimentos.- El término posee más de una connotación. Comúnmente se entiende por alimento cualquier sustancia que sirve para nutrir, pero cuando jurídicamente nos referimos a él, su connotación se amplía, en tanto comprende todas las asistencias que se presentan para el sustento y la sobrevivencia de una persona, en determinadas circunstancias (indigente, incapaz, etc.), puede reclamar de otras, entre las señaladas por la ley, para su mantenimiento y subsistencia, es pues, todo aquello que, por ministerio de ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir.

En la relación económica patrimonial que entre padres e hijos se establece, se encuentran fundamentalmente los alimentos, los cuales son una de las principales obligaciones con cargo a los padres que hayan reconocido a su hijo o por sentencia judicial que así lo señale, esta obligación se encuentra en el artículo 303C.C. Y consiste meridianamente en la obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos, pero esta obligación es recíproca, ya que la obligación alimenticia corresponde a los hijos cuando los padres lo necesiten.

Los alimentos también son solidarios porque ambos padres tienen la obligación de ministrarlos como nos lo describe el artículo 312: "Si fueren varios los que deben dar alimentos y todos tuvieren posibilidad para hacerlo, el juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus

haberes”.

Contenido: En general, jurídicamente, los alimentos se encuentran constituidos por comida, vestido, habitación, así como asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores incluyen además: educación básica y aprendizaje de un oficio, arte o profesión. En general esta obligación comprende todo lo que el artículo 308 consigna.⁵²

Su importe se determina en proporción a la situación del deudor y las necesidades del acreedor alimenticio (artículo 311).

⁵² BAQUEIRO ROJAS. Op. Cit. p. 27.

CAPÍTULO SEGUNDO

2.1 FAMILIA.

Según el autor Anderson Michael el sistema familiar se contempla mejor como "una base de reclutamiento, organizada alrededor de lazos de sangre y de matrimonio, con su expansión teóricamente infinita limitada sólo por el matrimonio interno."⁵³

Para comenzar la tarea de investigar un tema tan genérico, como lo es la familia, desde un punto de vista sociológico, es menester distinguirlo de entre un grupo social, una categoría social, o agregados estadísticos.

Para Bottomore "un grupo social puede ser definido como un agregado de individuos que lo componen y cada uno de ellos es consciente del grupo y de sus símbolos."⁵⁴

Los Grupos sociales se pueden definir como: "un número de personas cuyas relaciones se basan en un conjunto de papeles y estatus interrelacionados".⁵⁵ Entiéndase como un cúmulo de individuos que comparten ciertos valores y creencias, y que son suficientemente conscientes de sus valores semejantes y de sus relaciones recíprocas, siendo capaces de diferenciarse a sí mismos frente a los otros.

Mientras que una categoría social, consiste en personas que tienen un estatus similar y en consecuencia desempeñan a este respecto el mismo papel social.

Y el agregado estadístico, lo constituyen personas que poseen un atributo social semejante, gracias al cual pueden ser agrupadas lógicamente.

⁵³ ANDERSON Michael, "Sociología de la Familia". Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1980, p. 10.

⁵⁴ BOTTOMORE, T. B. Introducción a la sociología. ed. 8ª Ed. Península, España 1980. p. 113.

⁵⁵ ELY CHINOY. La Sociedad. Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1968, p. 110.

Una familia, de acuerdo con estas definiciones, es un grupo social, pero no es el único grupo social, existen una gran diversidad de estos grupos, como lo serían los sindicatos, un grupo de amigos cercanos e incluso un club social. Esta clasificación nos sirve —aún cuando es tan genérica que puede abarcar desde un grupo de amigos hasta organizaciones sumamente complejas como la Iglesia Católica— porque nos permite tener un acercamiento inicial de algunas características que nos servirán de apoyo y que distinguirán a la familia, de algunos otros conglomerados humanos y posteriormente distinguir dentro de los grupos sociales a la familia con características y elementos únicos para ésta.

Algunos atributos de los grupos sociales son:

Interacción regulada.

Valores y creencias comunes o semejantes.

Conciencia particular de grupo.

Solidaridad⁵⁶.

Dentro de los grupos sociales encontramos a la familia, como un grupo primario, esto según la naturaleza de las relaciones que existen entre sus miembros, ya que se caracterizan por relaciones estrechas e íntimas, además de que las relaciones dentro del grupo primario son personales, espontáneas y de larga duración. Los miembros de un grupo primario se mantienen juntos por el valor intrínseco de las propias relaciones, más que por una obligación o vínculo referido a una finalidad explícita de organización.

Según Bottomore el grupo primario implica:

La proximidad física de los miembros,

La pequeñez del grupo y

⁵⁶ Idem.

El carácter duradero de la relación⁵⁷.

La importancia del grupo social primario proviene de su preponderancia y de las funciones que realiza tanto por los individuos como para los grupos sociales más amplios. La familia sigue siendo un elemento vitalmente importante de la estructura social, sus miembros tienen la responsabilidad principal del tiempo y el número de concepciones de nuevos miembros de la sociedad así como el sostenimiento y la primera socialización del menor.

La familia al revés de la mayoría de los organismos sociales, carece en gran medida de fronteras claramente identificables y de una estructura formal, así como de todo conjunto de funciones claramente especificadas. *Por tanto, debemos analizar cuáles son estas funciones básicas de la familia, primero como grupo social primario, y luego particularmente como unidad independiente.*

Funciones sociales de la familia y del grupo primario.

Existe diversidad de funciones que la familia cumple, tanto a los miembros que la integran, como algunas funciones sociales que se encuentran en esta institución.

En primer lugar encontramos que los elementos centrales de la personalidad son adquiridos en estos grupos primarios. La personalidad no nace sino que debe hacerse mediante el proceso de socialización. Así, el sociólogo Anderson Michael señala que la familia es una fábrica productoras de personalidades humanas.⁵⁸

Además atiende necesidades psicológicas, como la de seguridad, estabilidad, empatía y otras.

⁵⁷ BOSTOMORE, Op. Cit., p. 115

⁵⁸ ANDERSON Michael Op. Cit., p. 56

También contribuye a la estabilidad del orden social ya que permite a los individuos mantener su equilibrio personal y realizar adecuadamente sus normales papeles sociales.

Debido a su tono emocional y a los vínculos de intimidad que lo mantienen unido, el grupo primario sirve también como un importante instrumento de control social, puesto que los hombres son sensibles a los juicios de los otros, sobre todo a aquellas opiniones que consideran valiosas.

Normalmente son grupos de apoyo, sobre los cuales puede obtenerse ayuda económica, laboral o sentimental.

En la familia estricta se agrupan cuatro funciones fundamentales de la vida social, las cuales son: reproducción, mantenimiento (de los hijos menores), colocación y socialización.

Mientras que la función psicológica, es esencialmente la satisfacción de: las necesidades sexuales de los cónyuges, y de la necesidad de afecto y seguridad, tanto para los padres como para los hijos.⁵⁹

“Una función primaria, característica de la familia, es que debe ser un grupo social en el que el niño —en sus primeras etapas— pueda invertir todos sus recursos emocionales, al que el niño pueda adherirse predominantemente, o del que pueda volverse completamente dependiente. Pero, al mismo tiempo (por la naturaleza de la socialización) esta dependencia debe ser temporal más bien que permanente. Por lo tanto, es muy importante que los agentes socializantes no sean ellos mismos demasiado apegados a sus lazos familiares. Una condición igualmente importante, que facilita la dependencia, es que una familia debe ayudar a

⁵⁹ BOTTOMORE Op. Cit., p. 199.

que el hijo se emancipe de esta dependencia familiar.”⁶⁰

La familia transmite al niño el contenido de la cultura, ya sea directamente mediante la enseñanza y el adoctrinamiento, o indirectamente gracias a los métodos de cuidado y la formación de los niños.

Ely Chinoy nos señala que la posición del individuo dentro de una sociedad proviene inicialmente de su carácter de miembro de una familia, de la cual también adquiere las aptitudes, los valores, la destreza y el conocimiento que afectarán su estatus posterior.⁶¹

La cooperación económica también refuerza los lazos entre padres e hijos y entre hermanos. La pérdida de estas funciones productivas y de la labor cooperativa que implica por parte de los miembros de la familia en las modernas sociedades industriales debilita los lazos familiares.

Así las principales funciones de la familia, generalmente aceptadas son:

Función de regulación sexual.

La familia es la principal institución mediante la cual las sociedades organizan y regulan la satisfacción de los deseos sexuales.

Función reproductiva.

Toda sociedad depende primeramente de la familia para regular o incluir nuevos miembros, a través de la concepción o nacimiento de nuevos seres.

Función de socialización.

Primariamente la familia se encarga de la socialización de los niños para que de adultos puedan funcionar con éxito en la sociedad, puesto que aquí el niño desarrolla su personalidad y aprende su rol social y su estatus

⁶⁰ ANDERSON Michael Op. Cit., p. 58

⁶¹ ELY CHINOY Op. Cit., p. 143

dentro de la familia, para que en un futuro aprenda a desenvolverse dentro de la sociedad en sus roles y estatus, dentro de los grupos en que conviva.

Función afectiva.

Inmediatamente después de la satisfacción de las necesidades físicas (comida, protección de las inclemencias del clima) la persona necesita una respuesta emocional íntima, la opinión psiquiátrica sostiene que probablemente la mayor causa de las dificultades emocionales, de los problemas de comportamiento y aun de algunas enfermedades físicas (enfermedades psicósomáticas) es por falta de estas relaciones íntimas y de relaciones afectivas, con un pequeño grupo de asociados íntimamente.

Función de definición de estatus.

Al incorporarse a una familia, se adquieren por solo ese simple hecho una serie de estatus. Dentro de esta se adscriben varios de ellos como lo sería la edad, el sexo, un lugar por orden de nacimiento, practicar el catolicismo, pertenecer a la clase media, y otros.

Función de protección.

Una de las funciones mas conocidas de la familia, es la de protección, pero no solamente se ofrece una protección económica y física dentro de ésta, sino también una protección psicológica para cada uno de los miembros que la conforman.

2.2 DESARROLLO DE LA SOCIALIZACIÓN DEL NIÑO.

Todos los seres humanos, se ven ligados de alguna manera al mundo exterior por un proceso social complejo. Por un lado deben aprenderse los valores culturales, conocimientos y creencias que emplea la gente para gobernar su vida social y que se expresan en símbolos, y por otro se tiene que ver ligada a una estructura institucional a través de papeles que

aprende a representar en el ámbito del juego, la familia, grupo de amigos y educación.

Este proceso de enseñanza se denomina socialización, y la familia es el agente crítico de socialización, aunque existen otros agentes de socialización, como la escuela, el grupo de amigos y el trabajo.

Proceso de Socialización

Al mencionar esto hacemos referencia a cómo se enseña a la gente. Los seres humanos somos básicamente criaturas sociales, adoctrinados por la sociedad, y en especial por la influencia de la familia, aunque es la sociedad la que crea al individuo, y no éste el que crea a la sociedad.

Es claro que toda sociedad esta compuesta de un conglomerado de individuos, pero las personas tienen poco poder para cambiar su entorno social. Sin embargo, la sociedad posee una gran influencia sobre los individuos: conformando, moldeando y creando su personalidad, fundamentalmente por medio de la familia, puesto que la sociedad plasma sus impresiones sobre la gente.

"Así, la personalidad se conforma del conjunto sistemático de valores, creencias y rasgos que mantienen a cualquier individuo, es el subproducto de la vida social".⁶²

Claro, esto debe ser entendido no como un medio determinante, que no permitiría el cambio o la posibilidad de ser de otra manera, sino más bien como un condicionante, el cual influye de manera importante, pero que puede ser de otra manera, porque en caso contrario no podrían existir cambios en la sociedad, al establecer un determinismo en la personalidad, e incluso sería factible que muchas de las personas fueran casi idénticas por vivir en la misma sociedad.

⁶² BALDRIGES. "Sociología". Ed. Limusa, México 1979. p.126

Es necesaria la interacción social, para que los individuos se forjen de manera normal, y la familia es el medio idóneo para que el menor logre un desarrollo idóneo de su interacción social, tal como lo señala el sociólogo Ely Chinoy la familia trasmite al niño, ya sea directamente mediante la enseñanza y el adoctrinamiento, o indirectamente gracias a los métodos de cuidado y la formación de los niños, el contenido de la socialización o la transmisión de la cultura. La posición del individuo en la sociedad proviene inicialmente de su carácter de miembro de una familia.⁶³

Baldrigés nos menciona ejemplos de algunos estudios que se han realizado, donde se observa la necesidad de la interacción social y en especial la familiar, para lograr el fenómeno de la socialización.

Spits y Golfard analizaron en un estudio la conducta de atención materna de que disfrutaban algunos niños que aun no hablaban todavía: "en algunos grupos, el cuidado materno consistía en caricias, palabras y atención física; mientras que en otros grupos ese cuidado materno se reducía al estricto cuidado físico, con muy poca participación emotiva. Los niños con ambiente emotivo crecieron normalmente, mientras que los niños que crecieron con privaciones sociales tuvieron una tasa más elevada de mortalidad, una sensibilidad emotiva inferior, una falta general de capacidad social".⁶⁴

Así, los niños se vuelven humanos cuando tienen interacción social continua y rica, de ordinario en un ambiente familiar estrecho.

En el desarrollo de la personalidad también se observan diversos aspectos de la socialización del menor (el desarrollo de la personalidad del menor será tomado con posterioridad en este capítulo) es necesario

⁶³ ELY CHINOY Op. Cit., p. 142

⁶⁴ BALDRIGES Op. Cit., p. 126,127

observar algunas de las características que la socialización da al desarrollo de éste.

Como ya hemos dicho ampliamente –aunque no de manera categórica– la interacción de los menores con la familia es un factor importante para el desarrollo de la personalidad, ya que como observaremos en el siguiente inciso del presente capítulo, los niños imitan y copian el comportamiento de los adultos como un modelo para el desarrollo de su propia personalidad, y al observar los menores la cultura de los demás seres que le rodean adquiere sus rasgos culturales, los cuales son decisivos en el desarrollo de su interacción en la sociedad y copian los esquemas para el desarrollo de su socialización.

Porque aunque el hombre por naturaleza es un ser sociable (que se relaciona naturalmente con su especie), esta actitud es copiada, siendo la familia el primer punto de socialización del cual puede imitar estos comportamientos.

Los papeles sociales son un enlace clave entre el individuo y la sociedad. Para explicar esto debemos tomar brevemente que es el estatus y papeles del menor, y en general de cualquier persona. Así un estatus social es una posición social que entraña privilegios y deberes⁶⁵, como lo sería el ser padre, hijo, empleado, gerente o soldado, mientras que el papel es el comportamiento que exige el estatus⁶⁶, en otras palabras es el *comportamiento social* que se espera de dicha persona ubicada en dicho estatus, mientras que en el estatus de padre se espera que cubras necesidades económicas y físicas, al aportar dinero y al proteger a la familia, en el estatus de hijo se espera obediencia, cariño y atención a sus

⁶⁵ Ibidem. p. 129.

⁶⁶ Idem.

deberes dentro de la familia y frente a la escuela.

Por tanto el estatus y papeles en la socialización del menor, son el cómo se debe comportar la persona en sus relaciones sociales, frente a los otros o en otras palabras es la forma en que la persona capta y se relaciona con las demás.

El foco central del proceso de socialización reside en la interiorización de la cultura de la sociedad en que ha nacido el niño, y ésta es obviamente transmitida por la familia como primer eslabón del menor con la sociedad y sus requisitos de comportamiento.

En primer lugar, creemos que en las etapas primeras de la socialización, por lo menos, el sistema de socialización debe ser un grupo pequeño, en el cual existan subsistemas para que el menor no tenga un nivel igual de participación con todos los miembros al mismo tiempo. Esto por las observaciones que hace el maestro Ely Chinoy al decir: "Pero no basta colocar al niño en cualquier sistema institucionalizado de relaciones sociales. Debe ser colocado en un sistema de tipo especial que satisfaga las condiciones psicológicas necesarias para completar con éxito el proceso llamado socialización" y agrega "Pensamos que en términos generales ocurre en el primer año de vida una fase crítica del proceso de socialización que requiere una atención muy exclusiva de la madre"⁶⁷

Por lo tanto, las funciones irreductibles de la familia, las cuales muy difícilmente podrían ser adoptadas por alguna institución diversa a ésta son:

La socialización primaria de los hijos para que puedan hacerse en verdad miembros de la sociedad en la que han nacido.

La estabilización de las personalidades adultas de los integrantes de

⁶⁷ ELY CHINOY Op. Cit., p 54.

la sociedad.

Como ya hemos dicho esto se debe a que la familia debe ser un grupo social en el cual el niño en sus primeras etapas pueda invertir todo sus recursos emocionales, al que el niño pueda adherirse predominantemente, o del que pueda volverse dependiente, pero al mismo tiempo por la naturaleza del proceso de socialización, esta dependencia debe ser temporal más bien que permanente. Por lo tanto, es muy importante que los agentes socializantes no sean ellos mismos demasiado apegados a sus lazos familiares. Una condición igualmente importante, que facilita la dependencia, es que una familia deba ayudar a que el hijo se emancipe a su tiempo de esta dependencia de la familia.

2.3 DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

A continuación es necesario ver las teorías más importantes que al respecto se han desarrollado y resaltar solamente los puntos de mayor importancia dentro de éstas.

Cooley señala que toda persona se entiende a sí misma a través de los ojos de los demás; menciona que todo individuo aprende a juzgarse a sí mismo basándose en el modo en que los demás lo juzgan, entendiendo la manera en que los demás piensan de nosotros. Si mi madre me dice *continuamente que soy un mal muchacho, me veré como tal y viceversa.*⁶⁸

La teoría de Mead se puede resumir en unos cuantos puntos:

No hay sí mismo alguno hasta que la sociedad, a través de los padres y los semejantes, lo crea en el niño.

⁶⁸ BALDRIGES Op. Cit., p 127

Los niños no se percatan de su propia existencia y de su propia mente, si no es por la interacción social con los padres, que les enseñan tales realidades.

El lenguaje es la herramienta primordial de la interacción social y por tanto es en extremo decisivo para el desarrollo del sí mismo social.

Cuando el niño va desarrollando una conciencia general de lo bueno y lo malo, se toma como referencia algún otro esquema generalizado; esto es, empieza a entender cómo quiere toda la sociedad que él se comporte.

El sí mismo social no es sólo un "mi" pasivo, sin embargo acepta todo lo que la sociedad le trasmite, puesto que la persona también tiene un yo activo y dirigente que controla preferentemente su destino. Así, toda persona es un "mi" conformado por la sociedad y un yo independiente que controla al "mi".

El principal efecto de la socialización aparece en la infancia, puesto que la personalidad se va conformando en gran parte con las experiencias infantiles, en especial con las que ocurren dentro de la familia.⁶⁹

Freud añade un enfoque biológico al desarrollo de la personalidad, a su manera de ver existe una fuerza biológica primitiva, el ello, que es la fuente inagotable oculta de la persona humana. El ello, es una fuerza primitiva, impulsada por urgencias sexuales e impulsos violentos; es la fuerza que actúa en el crecimiento del hombre. Pero en el curso de la socialización, la gente va desarrollando el yo, un elemento calculador, pensante y racional que controla y encauza los impulsos básicos del ello. Además, está el superyo, que regula tanto al ello como al yo, y actúa como una conciencia que define el buen o mal comportamiento, el cual es un

⁶⁹ Idem.

producto social.⁷⁰

Teorías conductistas.

Subraya el papel de las recompensas y castigos directos en el proceso de la creación del yo. La tesis básica establece que cuando los niños se dan cuenta de que son premiados por su comportamiento los prosiguen, y cuando su conducta es castigada esta se extingue. De esta manera es posible condicionar el comportamiento mediante la aplicación de recompensas y castigos, y aprende lo que está bien y lo conveniente.⁷¹

Teorías de los modelos.

Sostiene que gran parte de la socialización, cuando se logra, se debe a que los niños imitan el comportamiento de los adultos modelos, proceso tan importante como las recompensas y los castigos.

Teoría de Jean Piaget.

Este autor supone una capacidad, continuamente en crecimiento, para la adquisición de conocimientos, capacidad que se desarrolla en una secuencia ordenada, además considera al niño un constructor activo de su propio mundo cognitivo, más que un receptor pasivo de las influencias del ambiente.

Asimismo, hace una división acerca de las etapas que observa en su desarrollo, desde un enfoque biológico.

Sensorio motriz. (0 a 2 años): la forma del pensamiento del niño es práctica, no existe representación mental de objetos, se va adquiriendo, su forma de pensamiento es muy concreta.

Preoperacional. (2 a 7 años): Se va adquiriendo el lenguaje por causa de la imitación, se inicia el período de socialización, existe el pensamiento

⁷⁰ Ibidem p. 128

⁷¹ Idem.

egocéntrico (no entiende la diferencia entre los objetos y él), es la etapa de la causalidad de las cosas, afectos, antipatías y simpatías. Comienzan a existir conceptos de moralidad, el niño obedece lo que los padres o personas mayores dicen.

Operaciones concretas. (7 a 12 años): Existe el proceso de pensar antes de actuar, el lenguaje egocéntrico desaparece casi por completo, el niño empieza a ordenar y a entender la secuencia de las cosas y operaciones lógicas en situaciones concretas. Adquiere el concepto de cantidad y existe el pensamiento lógico y la secuencia.

Operaciones formales (12 a 17 años): "El pensamiento lógico comienza a clasificarse según varias dimensiones y a entender los conceptos matemáticos a condición de que tales operaciones puedan ser aplicadas a objetos o hechos concretos. Sistemáticamente proyecta para el futuro o recuerda en pasado además de que razona por analogía y metáfora".⁷²

Jean Piaget señala que los factores que influyen en el desarrollo de la personalidad son la maduración, el ejercicio y experiencia, la transmisión cultural y el equilibrio.

Erick Erikson.

Sostiene una teoría de la personalidad que destaca el contexto social en el que ocurre el desarrollo, confiere una función más importante a los factores sociales y culturales. La teoría de Erikson es una explicación psicosocial del crecimiento y del desarrollo del ego, sosteniendo que la personalidad está poderosamente influida por múltiples fuerzas sociales, destacando la prevención del producto patológico mediante la producción de cada vez más experiencias sociales, y no considera irreversibles las alteraciones que surgen en cualquier etapa.

⁷² PAPALIA Diane E. "Psicología". 6ª ed. Ed. McGraw Hill. México 1994 p. 438-446

Confianza básica vs. Desconfianza básica. La primera demostración de confianza social para el recién nacido va a consistir de la facilidad con que le alimente, lo profundo que pueda dormir y la relajación de sus intestinos, por lo tanto la experiencia de una regulación mutua entre sus capacidades receptivas que van en aumento y a equilibrar la incomodidad causada por la inmadurez con la que nació.

Autonomía vs. Vergüenza y duda: En esta etapa se puede dar a los niños la oportunidad de adquirir el sentido de autoconfianza que debería haberse desarrollado en la primera, se debe desarrollar un preponderante sentido de la autonomía, pues el niño ya es capaz de dominar tareas y hacer cosas por sí mismo, se le expande su autoconfianza hacia la convicción de que es capaz de ejercer control sobre su conducta y su ambiente.

Iniciativa vs. Culpa, de los cuatro a los cinco años de edad las cualidades del niño se observan en que éstos se sienten capaces y razonablemente autónomos, están dispuestos a emprender actividades, y es donde adquiere una mayor orientación social.

Laboriosidad vs. Inferioridad, entre los seis y once años de edad, en donde la iniciativa que el niño trae desde la etapa precedente le permite emprender tareas productivas y llevarlas a cabo. A través de la producción exitosa de las cosas, el niño adquiere un sentido de laboriosidad. Ésta es también la etapa en que el niño ingresa al mundo competitivo, durante los años de la escuela elemental, si el niño aprende que no puede competir en las áreas importantes y los resultados de su esfuerzo son el fracaso y la burla, prevalecerá en él un sentido de inferioridad.

Identidad vs. Confusión del rol, ocurre de los doce a los dieciocho años de edad, en ésta el adolescente tiene que responder a la demanda de usar una autonomía, la iniciativa y la laboriosidad que ha adquirido para resolver una crisis en la que intervienen las cualidades intrínsecas del desarrollo del papel, en el estatus en el que el adolescente se encuentra y la

posible confusión en el desempeño del papel que se espera de él.⁷³

En todas estas teorías hemos visto que existen diversos puntos importantes de los cuales podemos resaltar los siguientes:

La persona se ve a sí misma a través de los ojos de los demás.

La interacción social crea gran parte de la personalidad del menor ya sea a través del lenguaje o expresiones físicas.

La conciencia del niño acerca de la bondad o maldad de los actos es producto de lo que las demás personas creen.

Incluye un instinto nato en cada persona por la cual puede reaccionar diversamente a los estímulos externos.

Puede ser condicionado el comportamiento mediante la aplicación de recompensas y castigos, por lo cual aprende lo que está bien de lo que no es conveniente.

Los niños imitan los comportamientos de los adultos sobre todo de su familia.

Prevenir el producto patológico de cada etapa a través de mayores experiencias sociales, esto es, evitar que se caiga en la desconfianza, la vergüenza y duda, la culpa, la inferioridad y la confusión del rol o papel, por un correcto encauce de los menores.

Las capacidades del menor se encuentran continuamente en crecimiento, las cuales se desarrollan en una secuencia ordenada; así, estas capacidades deben ser estimuladas en su periodo especial.

Los factores que influyen en el desarrollo de la personalidad son la maduración, el ejercicio y experiencia, la transmisión de la cultura y el equilibrio.

⁷³ Ibidem p. 456-459

2.4 ROL SOCIAL DEL MENOR.

Cada persona debe aprender a desempeñar roles como niño, estudiante, como cónyuge, padre, empleado, miembro o funcionario de una organización –entre otros—. El aprendizaje de los roles implica por lo menos dos aspectos importantes:

Debemos aprender a cumplir las obligaciones y a exigir los privilegios del rol,

Debemos adquirir las actitudes, sentimientos y expectativas apropiadas al rol.

De éstos el segundo es el más importante, casi todos podemos aprender muy rápidamente cómo alimentar, bañar y cambiar pañales a un niño; lo que no se aprende igual de rápido son las actitudes y sentimientos que hacen del cuidado de un niño una actividad satisfactoria y recompensante, para lo cual es necesario la socialización que del niño o adolescente se haga.

El entrenamiento en la mayor parte de los roles importantes comienza pronto desde la niñez, cuando uno empieza a formar actitudes hacia esos estatus y papeles, la mayor parte del entrenamiento es de forma inconsciente. Los niños juegan con los juguetes que se les dan, observan y ayudan a la madre y al padre, escuchan y leen cuentos, oyen la conversación familiar y participan en la vida de la familia. De todas estas experiencias los niños gradualmente van formando una imagen de cómo actúan los hombres y las mujeres y de cómo se tratan mutuamente.

El concepto de rol implica un conjunto de expectativas. Nosotros esperamos actuar en cierta forma y esperamos que los otros actúen también en cierta forma.

Conjunto de roles, utilizamos este término para indicar que un estatus no tiene un rol único, sino una serie de roles asociados que encajan

unos con otros, implica una constelación de roles relacionados, algunos de los cuales pueden exigir tipos drásticamente diferentes de adaptación. No es raro que la gente no pueda funcionar igualmente en todos los aspectos de su conjunto de roles. El desempeño exitoso del rol requiere con frecuencia competencia en una serie de comportamientos relacionados. En los casos de multiplicidad de papeles podría provocarse un conflicto de roles, pero no necesariamente, y puede también incrementar la realización total y la satisfacción vital de uno.

Aunque un rol o papel es el comportamiento esperado de alguien que ocupa un estatus particular, el comportamiento según el rol es la conducta real de quien desempeña un rol, el cual puede variar por diversas razones. Una puede ser la de no ver el rol en la misma forma en que otros la ven, las características de la propia personalidad afectan la forma en que considera el rol, y no todas las personas que desempeñan un rol están igualmente comprometidas con él sobre todo cuando están en conflicto con otros roles. Por tanto no existen dos personas que desempeñen un rol de forma idéntica, sin embargo, hay suficiente uniformidad y predecibilidad en el comportamiento según el rol para poder llevar una vida social.

El rol por edades.

En ninguna sociedad se trata de igual manera a los niños, a los adultos y a los ancianos. Los roles según la edad varían mucho en las diversas sociedades, e incluso cambian dentro de un mismo país, por ejemplo, el niño de padres de clase media, solo debe ocuparse de jugar, estudiar y portarse bien en términos generales, mientras que el niño de la calle debe preocuparse por trabajar para ganar lo suficiente para comer, e incluso para mantener sus vicios, además de que se le exige como ser violento en su conducta para no ser atacado o ser objeto de abuso de los demás niños o de personas mayores.

Si la preparación para el rol fuera totalmente adecuada, cada persona

desarrollaría una personalidad que armonizara perfectamente con las exigencias de su rol, pero deficiencias en la preparación, además de lo impredecible de las demandas del rol futuro permiten pronosticar con seguridad que muchas personas desarrollarán una personalidad que difiere considerablemente de la pauta de características de personalidad que el rol exige, o sea, de la personalidad según el rol.

Tensión por el desempeño del rol.

Sería ideal que cada persona pudiera cumplir todos los roles de un conjunto de roles con igual facilidad, pero pocas personas pueden hacer esto. La tensión se refiere a la dificultad que la gente experimenta al llevar a cabo las obligaciones exigidas por el rol, ésta tensión puede presentarse por una inadecuada preparación para el rol, dificultades para la transición de un rol a otro, conflicto entre roles y fracaso en el desempeño del rol.

Uno de los posibles errores que se pueden encontrar en la educación de los niños es la preparación inadecuada para el rol, lo ideal sería que existiese una continuidad en la socialización, lo cual quiere decir simplemente que las experiencias de cada etapa de la vida son una preparación eficaz para la siguiente etapa. Pero nuestra cultura se caracteriza por discontinuidades incorporadas, que hacen que la experiencia de socialización en cierta edad sea de poca utilidad para la siguiente. Esto porque la mayor parte del trabajo de los adultos se lleva a cabo lejos de casa, donde los niños no pueden verlo ni participar en él, además de que las funciones del cuidado de la familia cada vez menos practicadas por los padres, permitiendo que la escuela supla estas funciones.

Muchas familias sólo ofrecen una escasa oportunidad para que el niño aprenda las habilidades, actitudes y recompensas emocionales del manejo de una casa y de la paternidad y la maternidad, los niños y los adolescentes tienen pocas tareas importantes en la mayor parte de los

hogares, además de que los juegos de los niños ya no tienen mucha relación con las tareas y responsabilidades de los adultos.

Otra deficiencia de nuestro proceso de socialización consiste en que el adiestramiento moral de los niños y las niñas les presenta principalmente las reglas formales del comportamiento social, más que las modificaciones informales de estas reglas que funcionan en el mundo de los adultos. En otras palabras, se les enseña la cultura ideal, no la cultura real.

El resultado es que los jóvenes se vuelven escépticos cuando se dan cuenta de que las máximas de los libros y aquéllas que sus padres les transmitieron no funcionan. Así, muchos jóvenes pasan progresivamente de un idealismo ingenuo a un escepticismo ingenuo, sin haber llegado a apreciar los servicios de quienes elaboran compromisos llevaderos con los problemas todavía no resueltos de la sociedad.

Puesto que los roles de adulto no pueden predecirse, con seguridad, por los constantes cambios en la sociedad, la socialización y la educación sólo pueden adecuarse si preparan al niño para desempeñar una gran variedad de roles, aparentemente la tendencia que los expertos señalan es la adaptación a los medios cambiantes de la sociedad.

2.5 FAMILIA NUCLEAR.

Antes de comenzar el estudio de lo que la familia nuclear comprende, debemos distinguirla de otro tipo de estructuras familiares más amplias, en las cuales se han distinguido tres grupos de familias, a saber:

La nuclear o elemental, en la cual, la familia se compone de esposa, esposo e hijos. Estos últimos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia. Para Anderson Michael incluye además los valores e intereses que existen por el cuidado y

preocupación por el cónyuge y los hijos y se distingue por un escaso interés por otros parientes.⁷⁴

La familia extendida, la cual se compone de más de una unidad nuclear y se extiende más allá de 2 generaciones, la cual puede incluir a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos. En el cual la familia se siente comprometida a perpetuar los lazos con padres y hermanos y sus familiares indirectos.⁷⁵

La familia indirecta, es constituida por un conjunto de parientes de diversos grados de relación, cuyos miembros forman parte de una red compleja de contactos, los cuales son una fuente de preocupación por cada uno de estos parientes.⁷⁶

Y la menos usual de todas, sobre todo en nuestra sociedad, la familia compuesta, la cual descansa en el matrimonio plural. En la poligamia, en la cual el hombre desempeña el papel de esposo y de padre en varias familias nucleares, y la poliandria, una mujer con varios esposos. En ambos casos se unen las diversas familias en un grupo familiar más amplio.⁷⁷

Pero el hecho es que en todas partes, la familia nuclear constituye una unidad aparte del resto de la comunidad, tal como lo menciona Bottomore⁷⁸ al establecer la universalidad de la familia, al decir que la familia estricta es universal en función al carácter indispensable de las funciones que simple y a la dificultad de que estas funciones puedan ser realizadas por otro grupo social.

⁷⁴ ANDERSON Michael Op. Cit., p. 124

⁷⁵ ELY CHINOY Op. Cit., p. 145.

⁷⁶ ANDERSON Michael Op. Cit., p. 124

⁷⁷ ELY CHINOY Op. Cit., p. 145.

⁷⁸ BOTTOMORE Op. Cit., p. 199.

Características de la familia nuclear.

Una de las características de la familia nuclear es el aislamiento, el cual se manifiesta en el hecho de que los miembros de la familia nuclear, compuesta como ya dijimos por los padres y sus hijos todavía dependientes, ocupan de ordinario una residencia separada, no compartida con los miembros de la familia particular de cada uno de los cónyuges, y en que esta unidad familiar es de ordinario económicamente independiente, pero esto no quiere decir que no existe en realidad ninguna interacción entre la familia nuclear y los parientes o las diversas redes familiares, sin embargo, se observa que la familia ya no está constituida por una cantidad de lazos sanguíneos amplios, en los que vivían bajo un mismo techo varias familias nucleares unidos por lazos de sangre.

La familia nuclear es característica de las sociedades industriales modernas, tal y como lo señalan diversos autores. "Su predominio parece debido al incremento del individualismo, reflejado en la propiedad, en el derecho y en los ideales sociales de felicidad y plenitud individuales; también parece debida a la movilidad geográfica y social"⁷⁹

La familia nuclear, es esencialmente un grupo transitorio, el cual se constituye por el matrimonio, y se da un crecimiento a medida que nacen los hijos, y disminuye cuando éstos se casan y forman sus propias familias, desapareciendo en el momento que muere la pareja. Mientras que la familia extendida o la indirecta tienen por lo general la característica de ser de larga duración.

En la familia nuclear se da por entendido que cada persona pertenece de hecho a varias familias, la familia de procreación y la familia en la que nació, a la cual debe alguna fidelidad aún después de casarse y de

⁷⁹ Ibidem. p. 202

abandonar el hogar (habitualmente), además de la familia del cónyuge (parentesco por afinidad) e incluso las familias de su madre y del padre. Pero es probablemente más correcto pensar que el individuo mantiene relaciones con miembros de todas esas familias y que pertenece sólo a su propia familia.⁸⁰

El ciclo vital de la familia nuclear que va típicamente del matrimonio a la crianza de los hijos, al abandono del hogar por parte de los hijos y luego a la disolución. Por tal motivo es esencialmente un grupo transitorio, a diferencia de algunos otros tipos de familia como la extensa.

Otra de las características de la familia nuclear es la pérdida de funciones. La familia ya no se ocupa por sí misma de la producción económica, excepto en algunos casos aislados, no es una unidad importante en el sistema de poder político. Sus miembros individuales participan en todas estas funciones, pero las hacen como individuos, no en sus papeles de miembros de la familia.

Las habilidades exigidas por la tecnología moderna implican una educación extensa, misma que los padres no pueden proporcionar adecuadamente, al no poder proveer aquellos modelos que puedan emular. La familia es entonces incapaz de llenar una de sus funciones tradicionales: "La preparación de los niños para los papeles que deberán desempeñar en su faceta adulta, como miembros productivos de la sociedad. Esta pérdida debilita además los lazos familiares, ya que los hijos persiguen intereses adquiridos en la escuela, en vez de seguir los que provienen de sus padres, sus ambientes familiares o sus mayores cercanos".⁸¹

Pero tal y como lo señalan algunos autores, las funciones de

⁸⁰ ELY CHINOY Op. Cit., p. 148

⁸¹ Ibidem p. 158

proporcionar afecto y compañía crece en importancia. "La impersonalidad de un mundo predominantemente burocrático y urbano aumenta la importancia de la familia como refugio de comprensión y calor humano. La intimidad que necesitan los seres humanos para mantener su estabilidad personal y en realidad, su salud, se encuentra principalmente en el seno de la familia, cuya limitada dimensión parece aumentar aún más el contenido emocional de las relaciones familiares"⁸²

Paul Horton y Chester Hunt también señalan la creciente importancia de la función anteriormente expuesta. "En un mundo cada vez más descuidado, impersonal y despiadado la familia inmediata se convierte en sustento del apoyo emocional. Sólo dentro de la familia se puede esperar encontrar una simpatía durable cuando se está en problemas o una alegría sin celos cuando se triunfa."⁸³

2.6 ESTATUS Y PAPELES QUE DESEMPEÑA EL MENOR.

En todas las sociedades los hombres se jerarquizan y se clasifican sus papeles sobre la base de algunos patrones sociales institucionalizados.

Daremos a continuación dos definiciones de estatus, las cuales señalan características comunes, para después abordar diversos aspectos de este tema.

"Llamaremos estatus a la posición relativa, prestigio o papel social de una persona, pero también se puede definir como posición socialmente identificada, que implica expectativas institucionalizadas de conducta."⁸⁴

⁸² Ibidem p. 159

⁸³ HORTON Y HUNT. "Sociología" 6ª ed., Ed. McGraw Hill. México 1986.

⁸⁴ ELY CHINOY Op. Cit., p. 165

“Un estatus social es una posición social que entraña privilegios y deberes... es la posición social”⁸⁵. De ambas definiciones tomaremos la segunda, pues la primera nos habla del prestigio y estratificación, lo cual no es objeto de interés para la presente tesis.

El papel o rol social fueron definidos anteriormente en este capítulo, sólo señalaremos que el papel es el comportamiento debido o esperado por el estatus que se desempeña.

Los sociólogos han tomado el concepto de “papel” del mundo del teatro, pues el comportamiento cotidiano se parece mucho a lo que se hace en escena. Hay que aprender actitudes y comportamientos y vincularlos al estatus. El estatus y los papeles son pilares con los que se construye el comportamiento social, porque une a las actividades de las personas con la estructura social que las circunda, vinculando a la gente con el sistema social.

Todo estatus tiene un conjunto de comportamientos del papel relacionados con él, mientras que el proceso de socialización, del cual hablamos con anterioridad, enseña a la gente cuál debe ser su estatus apropiado en la sociedad y el comportamiento que se espera de dicho estatus.⁸⁶ Verbigracia, a los niños se les enseña que las mamás cuidan a los niños y que los papas tienen que ir a ganar dinero.

Incluso la sociedad enseña a los niños de las clases más humildes que su posición es inferior a la de los otros niños y que su papel apropiado es poseer ambiciones más bajas y esperar menos de la vida. La familia, los grupos de semejantes y la escuela cooperan en inducir el comportamiento correspondiente al papel.

⁸⁵ BALDRIGES Op. Cit., p. 129

⁸⁶ Ibidem p. 132.

Es importante señalar que cada persona adquiere su estatus original gracias a la familia, y frecuentemente como resultado de la ocupación del jefe del hogar.

Estatus y papeles adscritos y adquiridos.

El estatus y los papeles son de dos clases: "Los que la sociedad nos adscribe, independientemente de las cualidades o esfuerzos individuales, y los que adquirimos por nuestro propio esfuerzo".⁸⁷

Los niños y adultos son estatus adscritos, el niño es tratado como niño y el adulto como adulto no importando sus propios gustos o deseos. El sexo y la edad son utilizados universalmente como una base para la adscripción de papeles; la raza, la nacionalidad, la clase social y la religión también se utilizan para el mismo propósito en varias sociedades.

Adscripción por sexo.

La mayor parte del proceso de socialización consiste en aprender las actividades propias de los hombres y de las mujeres, toda sociedad maneja muchas tareas incorporándolas a un rol sexual. Sin embargo, la mayor parte de las tareas ligadas a un sexo pueden ser desempeñadas igualmente bien por hombres y mujeres, suponiendo que hayan sido socializados para aceptarlas como propias de ellos.

Una posición social que se obtiene mediante la elección individual y la competencia se conoce como un estatus adquirido. Las sociedades industrializadas tienen una mayor gama de ocupaciones, requieren una mayor movilidad de trabajo y permiten un mayor campo de acción para cambiar de estatus mediante el esfuerzo individual. La sociedad que acentúa el estatus adquirido ganará en flexibilidad y en capacidad para colocar a las personas en ocupaciones más acordes a sus talentos. El precio

⁸⁷ HORTON Y HUNT, Op. Cit., p. 114.

que se paga por esta organización es la inseguridad de quienes no son capaces de encontrarse a sí mismos y en la tensión del ajuste constante a nuevos roles.

Esto porque en las sociedades en las cuales se tienen estatus adscritos, las personas no sufren por no poder tener otro estatus o nivel social, les enseñan que es digno su trabajo y por la imposibilidad de subir a un estatus mayor, no por sí, sino por el sistema, ellos no se sienten fracasados o desilusionados con lo que son, mientras que en una sociedad de estatus adquiridos, aquellos que no lograron cumplir sus objetivos de crecimiento, pueden sentirse rechazados, e inútiles.

Otro de los problemas que podemos encontrar en el desarrollo del estatus es la inconsistencia del estatus, cada persona tiene diferentes estatus al mismo tiempo, y estos estatus pueden no tener la misma categoría.

El término inconsistencia de estatus se utiliza cuando "uno de los estatus de la persona es incompatible con sus otros estatus"⁸⁸, la inconsistencia de estatus se observa cuando los diversos estatus de una persona no se llevan entre sí en la forma esperada. Como lo sería el menor que tiene trabajar para ayudar a la familia económicamente, o el adolescente que debe ocupar el lugar del hombre de la casa, por la muerte de su padre.

La inconsistencia del estatus produce confusión, tanto para las personas que lo padecen como para aquellos que las rodean.

2.7 CONTROL SOCIAL.

⁸⁸ Ibidem p. 120

Para empezar este tema debemos partir de dos hechos básicos, la conducta humana sigue normas, regulares y recurrentes, y las personas en todas partes viven con otras personas y no totalmente apartadas de la sociedad. En su mayor parte, las regularidades de la conducta humana se deben a la cultura, además de un repertorio ordenado de relaciones sociales.⁸⁹ Así, aunque el orden social está mantenido en cierto sentido por las normas que rigen las relaciones existentes entre los hombres, se debe explicar porque los hombres se conforman a seguir las instituciones que definen la conducta adecuada o exigida.

*Fromm menciona que si una sociedad ha de funcionar eficientemente: "Sus miembros deben adquirir la clase de carácter que los haga querer actuar en la forma en que tienen que actuar como miembros de la sociedad... Tienen que desear hacer lo que objetivamente es necesario que ellos hagan".*⁹⁰

Así, a las personas se las controla principalmente socializándolas, de tal manera que cumplan sus roles en forma esperada mediante el hábito o la preferencia. La socialización modela nuestras costumbres, nuestros deseos y nuestros hábitos. El hábito y la costumbre son grandes ahorradores de tiempo, liberándonos de incontables decisiones diarias, evitando decidir si llevamos a cabo cada acto y la forma de hacerlo, como sería cuándo levantarse, si nos bañamos, nos vestimos y en que transporte irnos.

Por esto, el hábito y las costumbres son los grandes regularizadores del comportamiento dentro de un grupo.

Las personas que interiorizan completamente las tradiciones, las obedecerán aunque nadie las esté viendo, porque la idea de violarlas ni

⁸⁹ ELY CHINOY, Op. Cit., p. 349

⁹⁰ HORTON Y HUNT, Op. Cit., p. 166

siquiera se les ocurrirá, pero si existe una tentación seria, la conciencia puede levantarse para evitar la violación.⁹¹

Control social mediante la presión social.

Lapiere considera el control social primeramente como el proceso por el cual los hombres buscan la aceptación de los demás individuos del grupo, y afirma que los grupos son más influyentes cuando son pequeños e íntimos, cuando se espera permanecer en ellos durante largo tiempo y cuando se tiene frecuente contacto con ellos. Siendo la necesidad de aceptación una de las mayores fuerzas del grupo, para el cumplimiento de las normas de éste.

Entre los miembros de un grupo, aquellos que se sienten menos aceptados son los más rígidamente conformistas con las normas del grupo, ya que la conformidad meticulosa es un instrumento para ganarse la aceptación y el estatus dentro del grupo, mientras que el rechazo es el precio de la inconformidad.

Como ejemplo podemos citar el caso en que un adolescente contradice los argumentos de su padre al decir "*todos los muchachos lo están usando*" se observa claramente el poder de control del grupo.

Controles informales del grupo primario.

Dentro del grupo primario (como lo es la familia), el control es informal, espontáneo y sin planeación, los miembros del grupo reaccionan a las acciones de cada miembro. Cuando un miembro irrita o molesta a los otros, éstos pueden mostrar su desaprobación por medio del ridículo, de la risa, de la crítica o aun apartándolo del grupo, ya sea parcial o definitivamente.

Cuando la conducta de un miembro es aceptable, la recompensa

⁹¹ Ibidem p. 167

ordinaria suele ser sentirse seguro y confortable en su propio ambiente. Las personas normales necesitan y buscan la aprobación de los otros, especialmente de los miembros del grupo primario.

La necesidad de aprobación y aceptación del grupo es lo que hace del grupo primario la agencia de control más efectiva para ejercer el control social.

El lenguaje es una forma de describir la realidad, y los cambios del lenguaje pueden modificar la forma en que la gente ve la realidad, una redefinición que atribuye nuevos significados a palabras familiares puede promover una redefinición de actitudes y relaciones⁹², o puede darle un impacto mayor a determinadas situaciones, los cuales pueden servir como un medio de control sobre las demás personas, como el título de padre de familia nos otorga una idea de responsabilidad y cuidado del grupo, mientras que el término jefe de familia nos evoca un control sobre los miembros de ésta.

2.8 PARENTESCO.

La familia puede verse como parte de un todo más amplio, el sistema de parentesco consiste de una estructura de papeles y relaciones basados en lasos de sangre (consanguinidad) y de matrimonio (afinidad) que liga a los hombres, a las mujeres y a los niños dentro de un todo organizado.

Desde el punto de vista del individuo, el parentesco se refiere a cualquier relación con otra persona a través de su padre y madre. Todo lazo de parentesco deriva pues de la familia, ese grupo universal y

⁹² HORTON Y HUNT, Op. Cit., p 171

fundamental.

En las sociedades urbanas, se da por sentado que cada persona pertenece a varias familias, la que constituyó libremente a través del matrimonio o de alguna otra forma (concubinato) la cual se le puede denominar familia de procreación, la cual se compone de los cónyuges e hijos y en la que nació familia de orientación, a la cual debe alguna fidelidad aún después de haber constituido la propia y, habitualmente, de abandonar el hogar. Pero también debe tomarse en cuenta la familia de orientación del cónyuge e incluso las familias de sus padres, haciendo un tramado de relaciones los cuales crean a los parientes.

En el tema de la familia nuclear señalamos el aislamiento que la familia esta experimentando como un subproducto de la industrialización, este proceso se observa día a día, pero evidentemente existen aún relaciones entre la familia y sus parientes, cualquiera que sea su interacción.

Entre las familias de la clase alta existe el apoyo financiero directo, considerable y continuo que fluye de los padres, tíos, tías y abuelos hacia los hijos antes y después del matrimonio, sólo con el apoyo sustancial de los parientes puede el matrimonio de posición alta, iniciar y sostener su vida familiar al nivel financiero y social de sus padres, parientes y amigos, este apoyo puede consistir en un puesto laboral bien remunerado.⁹³

Los miembros de los grupos de parientes de clase baja por lo regular tienen menos recursos financieros para ayudar a los hijos casados, el apoyo de los parientes en esta situación social se traduce con mucha frecuencia en servicios y participación en los recursos financieros disponibles en momentos de crisis, o de intercambio de medios no monetarios de ayuda.

Las relaciones que se dan entre los parientes van desde la ayuda

⁹³ ANDERSON Michael, Op. Cit., p. 99

mutua para superar los problemas que van afrontando hasta las actividades comunes que éstos realizan, a continuación veremos algunos de estos lazos de las redes familiares.

Las redes de ayuda mutua entre parientes son considerables y van en diversos órdenes, algunas son:

Las pautas de ayuda se traducen de muchos modos, incluido el intercambio de servicios, regalos, consejos y ayuda financiera.

Tales pautas de ayuda están mayormente generalizadas en las familias de clase media y la obrera, y constituyen un rasgo más integral de las relaciones familiares, muy pocas familias son las que no reciben ningún tipo de ayuda por parte de sus parientes.

El intercambio de ayuda entre familias fluye en varias direcciones: de padres a hijos y viceversa, entre hermanos y con menor frecuencia entre parientes más lejanos.

La ayuda financiera se recibe más comúnmente durante los primeros años de vida de casados. El apoyo puede traducirse en sumas considerables de dinero o regalos valiosos entregados en el momento del matrimonio o en el del nacimiento de los hijos, y en regalos reiterados en navidad, aniversarios y cumpleaños.⁹⁴

Las actividades sociales son funciones principales de la red familiar.

Las formas más comunes de las actividades sociales de la red familiar son las visitas familiares, la participación conjunta en actividades recreativas y el comportamiento ceremonial significativo para la unidad familiar, como lo serían las reuniones de navidad, año nuevo, bodas, velorios y algunos otros actos religiosos.

Las visitas entre parientes constituyen una actividad primaria de los

⁹⁴ *Ibidem*, p. 103 y 104

habitantes urbanos.

Los servicios realizados con regularidad a través del año o en ocasiones especiales son funciones adicionales en la red familiar.

Las compras, la compañía, el cuidado de los niños, la provisión de consejo, asesoría y la resolución de ciertos problemas de bienestar de los miembros de la red familiar.

El servicio a los ancianos como lo serían los cuidados físicos, provisión de abrigo y compañía, compras y labores de hogar, son actividades que los niños y otros familiares se encargan de cumplir, los cuales normalmente se dan de forma voluntaria.

Las familias o los miembros individuales que se mudan reciben el auxilio de algunas unidades de la red familiar. Los servicios dados van desde un acomodo tipo motel para los parientes que pasan por la ciudad de vacaciones, hasta la búsqueda de casas y empleos, y también apoyo durante el periodo de inmigración y transición del patrón de vida rural al urbano.

En ocasiones los servicios incluirán aquellos que se realizan en las bodas o durante los periodos de crisis, las muertes, los accidentes, los desastres y los problemas personales de miembros de la familia.

El comportamiento de apoyo general de los miembros de la red de parentescos facilita el logro y el mantenimiento de la posición dentro de la familia y la comunidad.

El grupo de parentesco puede influir sobre las unidades nucleares para que éstas tomen la decisión correcta, pero el grupo de parentesco raras veces dirige la decisión o la acción de la familia nuclear en una situación dada.

El papel de la red de parentesco es de apoyo, más bien que de

coerción, en su relación con la familia nuclear.

2.9 INTERACCIÓN FAMILIAR.

Enfoque estructural.

Como hemos visto la familia tiene una gama de funciones sociales y de carácter individual, ahora veremos a la familia como un sistema, ya que la familia funciona a través de cómo sus miembros interactúan y si alguno de éstos cambia, todo el sistema cambia o se modifica.

Las funciones de las familias sirven a dos objetivos distintos pero importantes para este sistema, de los cuales uno es hacia el interior de la familia y el otro se distingue por su función social.

Interno, la protección psico-social de sus miembros;

Externo, la acomodación a una cultura y la transmisión de esa cultura.⁹⁵

La sociedad industrial urbana ha entrado por la fuerza en la familia, haciéndose cargo de múltiples funciones que en algún momento fueron consideradas como deberes familiares.

Solo la familia puede cambiar y al mismo tiempo mantener una continuidad suficiente para la educación de niños para que no sean "extraños en una tierra extraña", que tengan raíces suficientemente firmes para crecer y adaptarse a los cambios sin perder sus expectativas básicas. Con el fin de que no se conviertan en falsos actores de sus roles, y así logren una identidad propia lo cual les ayuda a sobrellevar los problemas que

⁹⁵ MINUCHI, S. "Familias y Terapia Familiar". 4ª ed., Ed. Gedisa, España 1992 p. 78

afronten.

La experiencia humana de identidad posee dos elementos;

Un sentido de identidad, el cual se encuentra influido por su sentido de pertenencia a una familia específica. Los componentes del sentido de identidad de un individuo se modifican en su forma individual y personal frente a la sociedad y permanecen constantes, en cuanto a su identidad familiar.

Un sentido de separación y de individuación. Que se logra a través de la participación en diferentes subsistemas familiares y en diferentes contextos dentro de la misma, al igual que a través de la participación en grupos extrafamiliares, como lo sería el grupo de amigos de juego, compañeros de clase.

Todo estudio de la familia debe incluir su *complementariedad* con la sociedad, entiéndase que la familia y la sociedad deben convivir armónicamente y desarrollar sistemas de relaciones individuales y grupales, pero la sociedad no permite un desarrollo libre de los miembros, así la sociedad le impone patrones de conducta y la familia los toma y trasmite a los hijos los cuales se encuentran atrapados por pautas superadas por la sociedad frente a la familia. La familia cambiará a medida que cambie la sociedad.

Un esquema basado en la concepción de la familia como un sistema que opera dentro de contextos sociales específicos, tiene tres componentes.

La estructura de una familia es la de un sistema sociocultural abierto en proceso de transformación.

La familia muestra un desarrollo, desplazándose a través de un cierto número de etapas que exigen una reestructuración.

La familia se adapta a las circunstancias cambiantes de modo tal que

mantiene una continuidad y fomenta el crecimiento psicosocial de cada miembro.⁹⁶

La *estructura familiar* es el conjunto invisible de demandas funcionales que organizan los modos en que interactúan los miembros de una familia. Una familia es un sistema que opera a través de los roles y estatus que por su continuidad son tomados como patrones de conducta normales por la familia, a los cuales les podemos llamar pautas transaccionales.

Las transacciones repetidas establecen pautas acerca de qué manera, cuándo y con quién relacionarse, y estas pautas apuntalan y definen al sistema, porque se tienen como base, conscientes e inconscientes los roles que cada individuo juega dentro de la familia.

Las pautas transaccionales regulan la conducta de los miembros de la familia, las cuales son mantenidas por dos sistemas de coacción.

El primero es el genérico que implica a las reglas universales que gobiernan la organización familiar, la jerarquía y funciones establecidas de cada miembro, las cuales son preestablecidas por la sociedad.

Es *idiosincrásico*, el cual establece las expectativas mutuas que cada miembro de la familia tiene sobre los demás miembros de la misma.⁹⁷

En el interior del sistema existen pautas alternativas por medio de las cuales el rol de determinado miembro de la familia puede variar para así poder mantener una continuidad de la familia y evitar una desintegración familiar. Pero toda desviación que va mas allá del umbral de tolerancia del sistema excita mecanismos que restablecen el nivel habitual.

La familia debe responder a cambios internos y externos, por lo tanto, debe ser capaz de transformarse de modo tal que permita encarar nuevas circunstancias y problemas sin perder la continuidad en su sistema, el cual

⁹⁶ Ibidem p. 85.

proporciona un marco de control y seguridad a sus miembros.

El sistema familiar se diferencia y desempeña sus funciones a través de sus subsistemas. Los individuos son subsistemas en el interior de una familia. Los subsistemas pueden ser formados por generación, sexo, interés o función.

Cada individuo pertenece a diferentes subsistemas en los que posee diferentes niveles de poder y en los que aprende habilidades diferenciadas.

Los límites de un subsistema están constituidos por las reglas que definen quiénes participan, y de qué manera.

La función de los límites, reside en proteger la diferenciación del sistema.

Los límites deben definirse con suficiente precisión como para permitir a los miembros de los subsistemas el desarrollo de sus funciones sin interferencias indebidas, pero también deben permitir el contacto entre los miembros del subsistema y los otros.

La claridad de los límites en el interior de una familia constituye un parámetro útil para la evaluación de su funcionamiento.

En términos generales el involucramiento y desligamiento o desinterés se refieren a un estilo, papel o rol, incluso puede ser causa de una preferencia por un tipo de interacción, no una diferencia cualitativa entre lo funcional y lo disfuncional.

La familia aglutinada responde a toda variación en relación con lo habitual con una excesiva rapidez e intensidad. La familia desligada tiende a no responder cuando es necesario hacerlo.⁹⁸

El subsistema conyugal se constituye cuando dos adultos de sexo

⁹⁷ Ibidem p. 86.

⁹⁸ Ibidem pp. 88-92

diferente se unen con la intención expresa de constituir una familia.

Las principales cualidades requeridas son: complementariedad y acomodación mutua.

El subsistema conyugal puede fomentar el aprendizaje, la creatividad y el crecimiento.

Las parejas también pueden estimularse mutuamente los rasgos negativos.

El subsistema conyugal debe llegar a un límite que lo proteja de la *interferencia de las demandas* y necesidades de otros sistemas.

El subsistema parental se forma cuando nace el primer hijo y se alcanza un nuevo nivel de formación familiar.

Se debe trazar un límite que permita el acceso del niño a ambos padres y, al mismo tiempo, que lo excluya de las relaciones conyugales.

A medida de que el niño crece, se imponen demandas al subsistema parental que debe modificarse para satisfacerlas.

La relación de paternidad requiere la capacidad de alimentación, guía y control.

Un funcionamiento eficaz de la familia requiere que los padres y los hijos acepten el hecho de que el uso diferenciado de autoridad constituye un ingrediente necesario del subsistema parental.

El subsistema fraterno es el primer laboratorio social en el que los niños pueden experimentar relaciones con sus iguales. Aprenden a negociar, cooperar y competir.

Cuando los niños se ponen en contacto con el mundo de sus iguales extrafamiliares, intentan actuar de acuerdo con las pautas del mundo fraterno.

Los padres deben conocer las necesidades del desarrollo de los niños y debe ser capaz de apoyar el derecho del niño a la autonomía sin minimizar los propios.

Una familia se encuentra sometida a:

La presión interna, la cual se origina por la evolución de sus propios miembros y subsistemas

A la presión exterior, la que es originada por los requerimientos para acomodarse a las instituciones sociales significativas que influyen sobre los miembros familiares.

La respuesta a estos requerimientos, tanto internos como externos, exige una transformación y reacomodo constante de la posición de los miembros de la familia en sus relaciones mutuas, para que puedan crecer mientras el sistema conserva su continuidad.

En las familias corrientes debe haber una motivación para lograr la transformación y así lograr su adecuación interna (entre sus miembros) y externa (frente a los cambios sociales).

El estrés sobre un sistema familiar puede originarse principalmente por cuatro razones:

“Contacto estresante de un miembro con fuerzas extrafamiliares”.

“Contacto estresante de la familia en su totalidad con fuerzas extrafamiliares”.

“Estrés en los momentos transicionales de la familia”.

“Estrés referente a problemas de idiosincrasia”.⁹⁹

El esquema conceptual de una familia representa tres facetas.

Una familia se transforma a lo largo del tiempo, adaptándose y reestructurándose de tal modo que pueda seguir funcionando.

La familia posee una estructura que solo puede observarse en movimiento. Se prefieren algunas pautas, suficientes para responder a los requerimientos habituales.

⁹⁹ Ibidem pp. 98 - 109.

Una familia se adapta al estrés de modo tal que mantiene la continuidad de la familia al mismo tiempo que permite reestructuraciones. Si una familia responde al estrés con rigidez, se pueden manifestar pautas disfuncionales.

2.10 EL ESTATUS DEL MENOR DENTRO DE SU NÚCLEO FAMILIAR.

Desde una perspectiva sistémica (la familia como un sistema, por el cual cuando uno de los elementos cambia, todo el sistema varía), toda persona forma parte de un conjunto de personas, que interactúan, sus actos repercuten sobre los de otros, y los actos de los otros sobre ella. Las personas que lo integran (elementos del sistema), desempeñan determinados papeles o roles, se rigen por reglas, forman coaliciones, establecen una jerarquía bien definida o luchan abiertamente o encubiertamente por el poder.

Un punto a analizar es el poder y jerarquía en el sistema, porque de esto depende el estatus que el menor adopta en cada sistema familiar, ya que quien manda define la forma en que el sistema funcione.

Si una persona toma la iniciativa y la otra lo sigue, y esto se repite una y otra vez, la relación queda definida como *complementaria*, esto se observa principalmente en el niño pequeño, el cual no tiene una identidad propia sino que se encuentra identificado con alguno de sus padres.

La *relación simétrica* es cuando la lucha de poder es abierta y continua. Se puede recurrir al uso de síntomas para controlar la conducta del otro.

La rigidez, autoritarismo e incapacidad para ejercer la autoridad de modo eficaz es otro motivo que genera problemas de identidad, por no tener una figura de control y protección.

Otro tipo de problema derivado del mal manejo de jerarquía, es la desconfirmación de una autoridad por otro superior en presencia del o de los subordinados, cuando una persona es la que ejerce la autoridad y ésta persona tiene a otra persona como superior, se pueden causar desajustes en su autoridad.

Existe un *sesgo familiar* cuando en un sistema las relaciones están gobernadas por una persona autocrática que jala a los demás miembros del sistema hacia donde ella deriva.

El *cisma* se da cuando en un sistema la pugna por el poder de los miembros con jerarquía mayor, lleva a la formación de subgrupos, como lo sería que uno de los padres pusiera en contra del otro a los hijos, para así poder ganar poder dentro de la familia.

Cuando una familia encubre los problemas sobre todo a través de mitos familiares y de la formación de una fachada de "familia feliz y unida" se le da el nombre de *pseudomutuales*.¹⁰⁰

La organización de los sistemas interpersonales incluye el establecimiento de jerarquías. Estas jerarquías siguen habitualmente el modelo impuesto por la sociedad o la cultura en la que el sistema interpersonal está inmerso. Así en una sociedad patriarcal se espera que sea el padre de familia quien ejerza la autoridad máxima dentro de la misma.

Todo sistema interpersonal, desarrolla reglas que imponen límites a las posibilidades de llevar a cabo acciones e interacciones. Las reglas son disposiciones explícitas o implícitas que prescriben o prohíben conductas. Las reglas determinan qué, cuándo, dónde y cómo se debe o se puede hacer algo.

¹⁰⁰ UMBARGER, C. "Terapia Familiar Estructural". 3ª ed., Ed. Amorrorto, Argentina 1987. pp. 25-30

Qué.- actos que pueden hacerse validamente y aquellos que no pueden llevarse a cabo por la familia. Cuándo.- El momento para hacer determinadas cosas, por ejemplo se come a tales horas, o debes llegar antes de tales horas. Dónde.- se determina el lugar para hacer determinadas actividades, ejemplo, no se juega en la sala. Cómo.- se establece la manera de hacer las cosas, como lo sería el clásico, no se habla con la boca llena.

De todo esto nos surge la pregunta de cómo se originan las reglas:

Algunas reglas se transmiten del grupo social (un sistema mayor) a la familia y otros sistemas interpersonales a través de un proceso de transmisión transgeneracional. Es decir, que los padres imponen reglas de origen social a sus hijos, éstos las aprenden y a su vez, las transmitirán a sus propios hijos, esto se hace de forma inconsciente.

La mayor parte de las reglas que gobiernan a un sistema son producto de la interacción entre sus miembros, casi siempre son implícitas y no son plenamente conscientes para quienes las cumplen, cuando un acto se repite sin que existan consecuencias adversas, la mera repetición le da el carácter de reglas.¹⁰¹

Para clasificar una regla de racional o irracional se tienen que tomar los parámetros siguientes:

Si es aplicable.

Si facilita la función que modula.

Si favorece el desarrollo y crecimiento personal de los miembros del sistema y

Si es adecuada al ciclo vital.

Papeles o roles desempeñados por los miembros del sistema.

¹⁰¹ *Ibidem* pp. 31, 32.

Es evidente que los papeles del desempeño de funciones en un sistema interpersonal, dependen de cuáles funciones sean las que cumpla el sistema. En primer lugar, tenemos los roles de padre y madre, esposo y esposa, hijo e hija. Estos roles tienen dos facetas: Por una parte son roles para cuyo desempeño el sistema social mantiene determinadas expectativas y ha desarrollado normas.

En los roles de los integrantes de la familia su desempeño mantiene determinadas expectativas según el sistema social. Así, en una familia patriarcal se espera que sea el padre quien ejerza la autoridad, procure el sustento y proteja al débil, de este modo se espera que los hijos obedezcan las ordenes ciegamente y se requiere una actitud de respeto frente a la figura de autoridad. Hay diferencias entre lo que se espera de los hijos según su orden de nacimiento y según su sexo.

Rol de autoridad, sus funciones: establecer normas, disciplinar, apoyar, otorgar permisos, representar al sistema ante otros grupos y personas. Este papel es generalmente ejercido por los padres, en ocasiones con mayor jerarquía de uno sobre otro, en otras con pugna de poder y en otras mediante mutuo acuerdo.

Rol de proveedor, en éste se espera que la persona, dote a la familia de los elementos necesarios para su subsistencia.

Rol de administrador, funciones: Manejo de los elementos materiales. Es posible que sea el propio proveedor el que administre, pero igualmente frecuente es que ambos roles no sean ejercidos por la misma persona.

Rol de cuidador de niños pequeños. Una de las funciones básicas de la familia es procrear y educar a los niños. Los seres humanos somos los animales que tardamos más en alcanzar la madurez biológica suficiente para sobrevivir sin los cuidados que incluyen la satisfacción de necesidades básicas, por parte de personas adultas. En la mayoría de los casos esta función forma parte del rol materno.

Roles que forman parte de juegos. El modelo de juego está supeditado a las características del sistema. algunos roles son los siguientes:

"Chivo expiatorio". Consiste en ser el blanco de los ataques de los demás miembros del sistema interpersonal. Los actos del chivo expiatorio contribuyen a la agresión de los otros, a la vez, la agresión de los otros coloca al agredido en tal papel

"El salvador". Puede ser ejercido por un hijo que interviene cada vez que sus padres pelean. **"El mensajero"**. Se da en sistemas donde priva la comunicación indirecta. Otros son: el consejero, el bueno, el servicial, el que dice las verdades, el chismoso, el gruñón y otros.¹⁰²

¹⁰² Ibidem pp. 42-44.

CAPÍTULO TERCERO.

En este capítulo realizaremos el desarrollo de la evolución histórica de los menores en su ámbito familiar, existiendo entre los diversos autores solamente una pequeña referencia sobre el mismo. En las diversas organizaciones que se analizan se encuentran amplias referencias sobre el matrimonio, teniéndose poca información sobre el derecho que a los menores se les aplicaba, por tal motivo enunciaremos las características que sobre éstos se encuentran en varios tratadistas.

Así, comenzaremos mencionando las principales civilizaciones antiguas, de las cuales se encontró referencia, mencionando las formas y modalidades que tomaron determinadas instituciones —que sobre el menor se establecieron o se adoptaron— en las citadas civilizaciones, haciendo un análisis cronológico de los mismos.

El maestro Gúitron Fuentevilla,¹⁰³ en su libro *Derecho Familiar*, establece un apartado del origen y la evolución de la familia, resaltando entre las formas de la familia nueva, la Familia Consanguínea, Punalúa, Sindiásmica y Monogámica, en donde por su primitividad no regularon las relaciones de los menores.

Posteriores a éstos tipos de familia existieron las “gens”, o grupos familiares, de las cuáles destacan la Iroquesa y la Griega, donde existía un derecho de adopción por parte de la gens hacia el menor, pero en forma excepcional¹⁰⁴.

Después de estas formas de organización surgieron varias más, pero

¹⁰³ GÚITRON FUENTEVILLA, Julián. “Derecho Familiar”. Ed. Universidad Nacional Autónoma de Chiapas. México.

¹⁰⁴ Cfr. GÚITRON FUENTEVILLA, Julián. Op. Cit. p. 53.

ningún autor hace referencia a la existencia de normas especiales en las que hubiere que llamar la atención a los menores, sino simplemente al matrimonio, por ello se da un salto en la historia, para observar a los pueblos del medio oriente.

3.1 BABILONIA

Comenzaremos con Babilonia en la cual la patria potestad confería poderes absolutos sobre los hijos, como relata el maestro Manuel Chávez Asencio "El padre podía entregar por dinero a su hija y en otros casos no matrimoniales, podía vender a su mujer y a sus hijos"¹⁰⁵. Esto nos da una idea del poder absoluto que se tenía sobre los hijos en esta civilización. Como una actitud normal y debida entre los padres o cabezas de la familia, además el matrimonio se convenía entre los padres y se podía convertir en una compraventa lisa y llana.

En esta civilización eran perfectamente lícitas y hasta bien vistas las uniones libres, semejantes en algunos aspectos a los matrimonios de ensayo de ciertos países en nuestra época y a los que podrían poner fin cualquiera de las partes. Para señalar su condición especial de concubina, la mujer debía llevar como insignia un olivo de piedra o de arcilla, los matrimonios se convenían entre los padres, e iban acompañados por un intercambio de regalos que previamente se hacían, pero a pesar de estas prácticas el matrimonio era monógamo.

Los esposos en esta civilización se solían guardar fidelidad, "De acuerdo a los términos del Código de Hammurabi, la mujer adúltera y su

¹⁰⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Ed. Porrúa, México. p. 26.

cómplice debían pagar su delito con su vida, a menos que el marido, más benévolo prefiriere arrojarlos desnudos a la calle, pero esta disposición tan drástica, quedaba atenuada por otra que establecía que se juzgaría a los culpables del adulterio únicamente en caso de que el marido no perdonase a su mujer o el rey a su súbdito. Y dadas las costumbres imperantes era muy fácil que uno de los dos perdonase.”¹⁰⁶

3.2 CHINA.

En China se concebían dos órdenes: el orden primordial del estado el cual contenía normas especiales que lo regulaban y otro orden pequeño que caminaba paralelamente al anterior, el cual era la familia. Ambas se regían por los mismos principios de sociabilidad y sometida a iguales regulaciones o normas, siendo cada una de estas un órgano masificador del otro, como el maestro Chávez Asencio menciona: “... cada casa es un Estado y el Estado es una gran casa, esto porque se regula por los mismos principios de sociabilidad y sometida a las mismas obligaciones. El individuo se pierde en la familia y la familia en el reino”¹⁰⁷.

Esto deja ver un poder absoluto y pleno de parte de la autoridad paterna con un carácter esencialmente patriarcal. Asimismo se instauraron Leyes para regular la poligamia y la protección de los hijos que de ésta se engendran.

La patria potestad solo era ejercida por el padre y convertía al hijo en una especie de servidor perpetuo, así los hijos estaban obligados a la obediencia absoluta durante toda su vida, ni siquiera el matrimonio

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 27.

emancipaba al hijo.

Tal como lo menciona Muller Lyer en *Die Familie*: "El padre puede hacer e sus hijos lo que quiera. No sólo puede castigarlos, sino también venderlos, hipotecarlos y, en ciertas circunstancias, matarlos... el niño tiene el deber de levantarse al canto del gallo, lavarse cuidadosamente y vestirse para presentarse a sus padres y saber qué desean de él durante el día. Jamás un hijo entra en una habitación sin ser antes invitado por su padre, ni se retira de ella sin su permiso. No habla sin ser preguntado. El resultado de este conjunto de prescripciones y reglas, profundamente arraigadas, es la obediencia absoluta de los hijos a sus padres, hasta tal extremo, que los hijos adultos se dejan pegar por sus padres sin queja alguna. Un hijo que insulta a su padre es castigado con la muerte, el padre que mata a un hijo a palos es castigado solamente con cien golpes de bambú, castigo poco severo según la mentalidad china. El padre tiene derecho a matar a su hijo si éste le ha pegado."¹⁰⁸

En lo referente a lo que hoy se conoce como concubinato y a los hijos fuera de matrimonio, se pusieron en vigor Leyes que protegían a las concubinas y a los hijos de éstas, quienes –conforme a algunas de ellas– no tuvieron el mismo derecho que las esposas legítimas como lo refiere Tachi Venturi.¹⁰⁹

A esto se instauraron normas especiales para consolidar la unión de la familia y del Estado que prevalecían en China, considerándoseles a los hijos nacidos de las concubinas como si fuesen de la mujer legítima, a la cual solo le daban el título y honores de madre.

En este se admitía la poligamia, practicada generalmente por los

¹⁰⁸ IBARROLA, Antonio. DERECHO DE FAMILIA. Ed. Porrúa. México, 1993. pp. 95, 96.

¹⁰⁹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. p. 28.

ricos, el matrimonio era un acto religioso que permitía perpetuar el culto del antepasado, a través de sus descendientes.

3.3 INDIA.

La India se regía por normas primordialmente religiosas, las cuales aparentemente impulsaban y daban derechos de caridad y de amor como si ambos fueran una sola persona pero haciendo referencia primordial al hombre como lo señala César Canto: "el hombre y la mujer forman una sola persona, el hombre completo se compone de él, su mujer y de su hijo y además se observa como un derecho especial de sucesiva reservándose al primogénito, para heredar todo el peculio de la familia."¹¹⁰

La antigua sociedad hindú se encontraba dividida en vanas o colores para distinguir a los conquistadores arios, de piel blanca, de los druidas, oscuros y dominados: "Brahmanes (sacerdotes y estudiosos), Kashatriyas (soldados y gobernantes), Vaishayas (agricultores y comerciantes), Soudras (sirvientes). Esto limitaba la ocupación del hindú, su matrimonio, sus prácticas religiosas y su libertad para moverse en sociedad".¹¹¹

Hubo entre los hindúes ocho modos usados de contraer matrimonio por las cuatro clases;

El modo de Brahma, en el cual el padre da a su hija vestidos y adornos para entregarla a un hombre versado en las sagradas escrituras y virtuoso, que por el padre era invitado; *de los dioses* (Devas), cuando el padre después de haber preparado a su hija la otorga al sacerdote que oficia; en *el de los santos*, otorga el padre la mano de su hija después de haber recibido la

¹¹⁰ Ibidem. p. 30

¹¹¹ IBARROLA, Antonio. Op. Cit. p. 89.

pretendiente una vaca y un toro para el cumplimiento de la ceremonia religiosa; el *de las criaturas* (Prajapatis), cuando el padre casa a su hija con los honores convenientes y le dice: practiquen los dos juntamente los deberes prescritos.

3.4 ROMA.

En general el Derecho Romano empleó la palabra familia en dos sentidos diversos, así comenzaremos con lo que se entiende por familia o *domus*:

“La reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la mano de un jefe único... (y esta comprende al) *paterfamilias* que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y a la mujer *in manus*, que está en condición análoga a la de una hija”¹¹², que comprendía al *paterfamilias*, que es el jefe; Los descendientes que están sometidos a su autoridad paterna y la mujer *in manus*, la constitución de la familia así entendida es caracterizada por un régimen patriarcal en donde el padre o el abuelo paterno, eran dueños absolutos de las personas colocadas bajo su autoridad en el cual su poder abarcaba incluso las cosas, pues la palabra familia se aplicaba también a las cosas.

Todas las adquisiciones y las de sus miembros se concentran en un patrimonio único sobre el cual ejerce derechos de propiedad, incluso todos los asuntos familiares se tratan en el consejo de amigos y no en el seno de la familia.

El caso de concubinato no da lugar a consecuencias jurídicas, los hijos

¹¹² CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. p. 36.

nacidos de un concubinato honorable serán libres, pero por no estar casada la mujer serán ilegítimos y llevarán tan solo el nombre de su madre pero no el de su padre natural.

Por su parte la institución de la adopción tiene su principio en el Código de Hammurabi, sin embargo es en Roma donde presenta un amplio desarrollo, aunque no siempre se entendía como una institución protectora de los menores, o a favor de las personas adoptadas, tal y como lo señala el maestro Edgar Baqueiro Rojas:

“La institución funcionaba preferentemente en provecho del paterfamilias y de manera indirecta en beneficio del Estado, y solo en segundo término, en favor del adoptado quien, en la forma de adrogación perdía su autonomía para convertirse en alieni juris incorporando su familia y su patrimonio al del adoptante.”¹¹³ Aunque con posterioridad en Roma el adoptado pudo ser titular del patrimonio a través de los peculios (bienes obtenidos mediante el trabajo y por los cargos públicos y eclesiásticos) y los bienes adventicios (los que se obtenían por dones de la fortuna: donaciones y sucesiones).

Además es importante señalar lo que para los romanos se entendía por menor, según René Foignet era la persona *sui juris* que conforme a opinión definitiva, tenía más de catorce años y menos de veinticinco. Además de que divide la existencia humana en tres periodos, desde el punto de vista de la capacidad:

Primer periodo: Hasta los catorce años era la impubertad, en el cual al individuo se le denominaba impúber o pupilo. Además de que este periodo se dividía en dos, la infancia hasta los siete años y la impubertad ordinaria,

¹¹³ BAQUEIRO ROJAS, Edgar. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Ed. Harla. México, 1990. p. 213.

de los siete a los catorce años.

Segundo periodo: se establecía de los catorce a los veinticinco años.

Tercer periodo: que comprendía la mayoría de edad, hasta la muerte de la persona¹¹⁴.

3.4.1 La Patria Potestad en Roma.

La Institución de la Patria Potestad se origina en el Derecho Romano; y consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido sólo por el ascendiente varón de más edad. El cual tenía un carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica, ya que era un poder real y efectivo del *paterfamilias* sobre todos sus descendientes, y se prolongaba por la vida de los sujetos, además de que el pater era dueño de todos los bienes que el hijo adquiría, con un poder absoluto y dictatorial.¹¹⁵

Este poder, que normalmente duraba hasta la muerte del *paterfamilias*, nos muestra los siguientes aspectos:

Tenía un poder disciplinario, casi ilimitado sobre el hijo. Actualmente, de este amplio poder del padre sobre los hijos no nos queda más que un moderado derecho de castigar, como el mencionado en el artículo 423 del Código civil.

El *paterfamilias* era la única persona dentro de la familia, el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del *paterfamilias*. El *paterfamilias* era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por

¹¹⁴ HOFFMANN ELIZALDE, Roberto. Antecedentes Históricos de la Posición Jurídica del Menor en el Derecho Sucesorio. Ed. UNAM. México, 1992. p. 24.

¹¹⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgar. Op. Cit. p. 225.

el *filiusfamilias*, pero podía recurrir al "abandono noxal", entregando al culpable para que expiara su culpa mediante el trabajo.

La patria potestad que en su origen fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió durante la fase imperial en un conjunto de derechos y deberes mutuos. Se reconoce la existencia de un recíproco derecho a alimentos¹¹⁶.

Fuentes de la Patria Potestad.

Como fuentes de la patria potestad el derecho romano señala una natural al lado de tres artificiales y excepcionales.

I. Las *iustae nuptiae*. Los nacidos después de ciento ochenta y dos días, contados desde el comienzo de las *iustae nuptiae*, o dentro de los trescientos días contados desde la terminación de éstas, son considerados como hijos legítimos del marido de la madre.

En el derecho preclásico ningún hijo valía como tal sin un acto expreso por parte del padre.

Los hijos nacidos de *iustae nuptiae* pueden reclamar alimentos del padre y, a su vez, tienen el deber de proporcionarlos. En caso de hijas, éstas tienen derecho además a que el padre les dé una dote adecuada a su clase social. Otras consecuencias del nacimiento en *iustae nuptiae* son que los hijos deberán obtener el consentimiento del padre para celebrar a su vez un "justo matrimonio".

II. La legitimación. Este procedimiento sirve para establecer la patria potestad sobre los hijos naturales y se realiza en una de las siguientes formas:

El "justo matrimonio" con la madre.

¹¹⁶ MARGADANT S., Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano, 18ª ed., Ed. Esfinge, México 1992 pp. 200-206.

Un rescripto del emperador, en los casos en que el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable.

La "oblación a la curia".

III. La adopción. Por este se adquiría la patria potestad de otro ciudadano romano. Este último debía prestar, desde luego, su consentimiento para ello. El adoptante reclamaba ante el pretor la patria potestad sobre la persona por adoptar, cuyo antiguo *paterfamilias* figuraba en este proceso ficticio como demandado. Como éste no se defendía, el magistrado aceptaba luego, como fundada, la acción del actor-adoptante. Así se combinaban tres ventas ficticias con un proceso ficticio para llegar al resultado de la *adoptio*.

"Justiniano decide que tal acumulación de ficciones no es necesaria y que basta con una mera declaración ante el magistrado, hecha por ambos *paterfamilias*".

El adoptante no adquiría la patria potestad sobre el adoptado.

La *adrogatio*. "Permite que un *paterfamilias* adquiriera la patria potestad sobre otro, por ejemplo, su propio hijo natural, en cuyo caso se le conoce como reconocimiento".¹¹⁷

Extinción de la Patria Potestad.

I. Por la muerte del padre.

II. Por la muerte del hijo.

III. Por la adopción del hijo por otro *paterfamilias* o la *adrogatio* del *paterfamilias*.

IV. Por casarse con una hija *cum manu*.

V. Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas

VI. Por emancipación.

¹¹⁷ Ibidem. p. 201

VII. Por disposición judicial¹¹⁸.

3.4.2 Tutela y Curatela en General.

Todo ser humano que reuniera las cualidades de libertad, ciudadanía y de ser *sui iuris*, era una "persona" para el derecho romano. Podía ser titular de derecho y sujeto pasivo de obligaciones, pero no siempre podía ejercer aquéllos. A veces, era demasiado joven, o sufría enfermedades mentales, o dilapidaba sus bienes. Tales personas, total o parcialmente incapaces, fueron puestas bajo la protección de tutores o curadores¹¹⁹.

Así se instauró esta institución como protección de los bienes y desarrollo de las personas que se encontraban sujetas a ésta, designándoles un tutor o un curador para la protección de su peculio y además para cuidar de éstos, ya sea por su juventud o por su estado mental.

Esta fue una institución netamente familiar que constituía un derecho *en interés de la familia*, para el cuidado de los bienes del menor impúber, quien por falta de madurez, podía dilapidar los bienes familiares. En este mismo caso estaba el incapacitado mayor o púber, en cuyo caso el encargado era denominado curador.

3.5 EDAD MEDIA.

En esta etapa la patria potestad se transformó de las antiguas concepciones, en las cuales se tomaba como un derecho que se le otorgaba a quien la ejercía, transformándose esta situación al entenderse como un poder de protección que correspondía al padre, pero en el cual no estaba excluida

¹¹⁸ *Ibidem*. p. 206.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 216.

la madre, en teoría se le concebía como un beneficio al hijo.

Mientras que en la Edad Media los germanos habían llegado a considerar a los ilegítimos como seres "contaminados", a los que se debía evitar, limitándoseles en sus derechos como el de desempeñar cargos de importancia, ser testigos o incluso el casarse con persona *que no fuere* de su condición.¹²⁰

Regresando a los países latinos, fueron comunes las prácticas de oficios, donde los hijos continuaban la profesión del padre, los cuales transmitían sus conocimientos de generación en generación, y en el momento del fallecimiento del padre, el hijo heredaba sus herramientas de trabajo, esto imperó en la gente de menores posibilidades, mientras que entre los feudales, el primogénito era el que heredaba todos los bienes del padre, trayendo con ello una situación precaria para los otros hijos y las mujeres.¹²¹

En relación con la patria potestad de los hijos llamados ilegítimos el maestro Chávez Asencio nos menciona que: "en relación con la madre y los parientes de la misma, el hijo tenía la situación jurídica de hijo legítimo y ostentaba el apellido de la madre, pero se le niega a ésta la patria potestad, por considerarse que atendería mejor a la criatura el tutor, sin embargo, la madre tenía el deber y el derecho de cuidar la persona de su hijo, del cual no tenía representación."¹²²

Este hijo llamado ilegítimo no se le consideraba pariente del padre, no teniendo el deber de cuidar de su persona.

En el derecho sucesorio, la situación era buena para el hijo primogénito, pero pésima para los demás y las mujeres, "esto principalmente por el temor de desmembrar el poderío y el acervo

¹²⁰ Cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. p. 48

¹²¹ Cfr. GÚITRON FUENTEVILLA, Op. Cit. p. 63.

¹²² CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. p. 49

patrimonial de un señor feudal en varios de sus hijos, y que traería como consecuencia el debilitamiento del señorío feudal.”¹²³

En España se entendía a la familia como el señor, su mujer y sus criados, en las Siete Partidas del rey Don Alfonso,¹²⁴ en relación con los hijos, éstos se calificaban en legítimos e ilegítimos, en donde los primeros son los que nacen de matrimonio y más nobles porque son ciertos y conocidos más que los de las demás mujeres. Considerándoseles legítimos los que nacen de padre y madre que son casados verdaderamente según manda la Iglesia. Los hijos de esta clase tienen las honras de sus padres.

Mientras que los hijos llamados ilegítimos “a los que no nacen de casamiento según Ley, así como los que nacen de barraganas, los de adulterio y otros (Ley I, Tit. 13, Part. 4)”¹²⁵

No se obliga en las Partidas, al padre de hijos incestuosos, adulterinos o sacrílegos, ni a los parientes del mismo, a prestarles alimento, pero tampoco se los prohibían por consideración a la piedad, tal como lo menciona el maestro Chávez Asencio, pero se obligaba a la madre adulterina o incestuosa y a los parientes de ésta a dicha prestación.

La adopción en España se reguló en las Siete Partidas de Alfonso X, el sabio, estableciéndose esta institución como se le conocía en Roma en la época de Justiniano¹²⁶.

3.6 REVOLUCIÓN FRANCESA

¹²³ GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. Op. Cit. p. 63.

¹²⁴ Cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. p. 49

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgar. Op. Cit. p. 215.

En ésta etapa de la historia es necesario señalar que se comienza a conceptualizar la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento del matrimonio, aportada por los canonistas disidentes, idea acogida por Francia y que constituyera la base de la secularización del matrimonio, producida tras la Revolución de 1789, la cual se plasma legítimamente en la Constitución de 1791.

Además "se pensó en crear un tribunal de familia y un juez para resolver sobre la discrepancia entre padre e hijo, así como la realización de un proyecto en el cuál se confiaba la educación de los hijos al Estado".¹²⁷

Ya que no se reconocía a la familia como una unidad orgánica. Aunado a la existencia de un principio que decía "los hijos pertenecen a la República antes que a los padres"¹²⁸

Por los ideales de la igualdad que surgieron en la época, se intentó dar derechos iguales a los hijos legítimos y naturales, al dar derecho a éstos últimos a participar de la herencia, al igual que los legítimos.¹²⁹

Surgieron ideas de destrucción de la patria potestad, estableciéndose la autoridad marital absoluta, siendo incapaz la mujer para el manejo de los bienes.

Con Napoleón en el poder hubo un desinterés por los hijos naturales, por lo que se redujeron sus derechos, pues cabe recordar la frase de que "El Estado francés no necesita hijos bastardos".

En Francia no es sino hasta la Convención Revolucionaria y el Código de Napoleón cuando la adopción se incorpora a la legislación, después de mucho tiempo en que entró en desuso, pero se establece con grandes

¹²⁷ MAZEAUD HENRI, León y Jean. LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Primera Parte, Vol. III, Ed. Ejea. p. 32.

¹²⁸ Ibidem. P. 44.

¹²⁹ Cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. p. 53

limitaciones, pues como se le consideró un contrato sólo los mayores de edad podían ser adoptados. Más tarde se admitió la adopción de menores, como una medida de protección y benéfica.¹³⁰

3.7 MÉXICO

Con respecto a la patria potestad, existen opiniones divergentes, una otorgada por el maestro Esquivel Obregón, quien afirma que la patria potestad carecía del poder absoluto de la del derecho Romano, tanto así que el padre azteca no poseía la misma jerarquía social y jurídica que el romano, mientras Xavier Cervantes, en contraste con el precitado juicio, nos señala que en la familia azteca la potestad del jefe de familia es ilimitada, de manera que la sumisión y obediencia eran respetadas ciega e incondicionalmente.¹³¹

Es evidente que el padre azteca disfrutaba de una gran autoridad sobre sus hijos procreados, sobre todos los hijos existentes en todas y cada una de las uniones matrimoniales, sucesivas o coexistentes. Los aztecas disponían de amplias facultades sobre sus hijos toda vez que podían venderlos, castigarlos con severas penas corporales y hasta privarlos de la vida.

Una gran parte de la población azteca, especialmente la de condición humilde, se dedicaban al cultivo de la tierra, durante la primera infancia (hasta los 7 años), los hijos permanecían en el hogar y posteriormente eran llevados a una especie de escuela estatal llamada *Telpochcalli* lugar en el que se les impartían diversos conocimientos, básicamente de agricultura.

¹³⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgar. Op. Cit. p. 215.

¹³¹ HOFFMANN ELIZALDE, Roberto. Op. Cit. p. 34.

Mientras que los hijos de familias nobles y guerreros, al concluir su primera infancia eran llevados al *Calmécac*, en el cual se les impartían conocimientos diversos de tipo militar, civil, y religioso; permaneciendo sujetos a la disciplina del propio establecimiento, hasta la edad en que podían contraer matrimonio¹³².

Según el maestro Ibarrola los hijos de los nobles, de los ricos y los de las clases medias vivían en casas de sus padres hasta los quince años, posteriormente eran entregados al *Calmécac*, esto dependía de la promesa que los padres habían hecho el día de la imposición del nombre.¹³³

Los educandos quedaban prácticamente desvinculados de sus familias, en consecuencia la patria potestad era interrumpida durante el periodo de enseñanza, restableciéndose ésta al retorno de éstos a sus hogares.

La patria potestad terminaba por el matrimonio del hijo y cuando éste alcanzaba altas dignidades o posiciones militares, religiosas o civiles.

3.7.1 Leyes de Reforma.

En esta época de la historia de México se tenían muchas tendencias liberales por influencia de la Revolución Francesa, donde se realiza la secularización de las actas del estado civil, bajo la presidencia de Don Benito Juárez, al crearse un Registro, y dentro de su Ley orgánica¹³⁴, en su artículo tercero se establece que todos los habitantes de la República Mexicana estaban obligados a inscribirse en el Registro; estableciéndose una limitación a no poder ejercer sus derechos civiles; como se observa del

¹³² Ibidem, pp. 38 y 41.

¹³³ IBARROLA, Antonio. Op. Cit. p. 109.

¹³⁴ Cfr. Ley Orgánica del Registro Del Estado Civil del 27 de enero de 1857.

artículo 4 de la citada Ley Orgánica que señalaba:

“... al otorgarse cualquier escritura pública, así como para hacer valer el derecho hereditario y cualquier contrato, se hará constar la inscripción con el certificado que de ella deba dar el oficial del estado civil”¹³⁵.

La Ley en comento mencionaba en su artículo 12 cuáles eran los actos civiles, señalando los de nacimiento, matrimonio, adopción y arrogación, el sacerdocio, la profesión de algún voto religioso, temporal y perpetuo, y la muerte.

Un artículo más que reguló la situación de los menores fue el 73, del mismo ordenamiento¹³⁶, que establecía que eran efectos civiles para el caso de la legitimidad de los hijos, la patria potestad, el derecho hereditario, las ganancias, la dote, las arras y las demás acciones que competen a la mujer, la administración de la sociedad conyugal que corresponden al marido, y la obligación de vivir de uno.

La Ley Orgánica del Registro del Estado Civil de 28 de julio de 1859, que derogó a la anterior de 1857, en su primer artículo estableció a los jueces del estado civil, los cuales tendrían a su cargo la averiguación y modo de hacer constar el estado civil de todos los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional, por cuanto concierne a su nacimiento, adopción, arrogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento.

En la época del Imperio de Maximiliano se crearon diversas leyes que buscan contrarrestar a las de reforma, tal es el caso de la Ley del Registro del Estado Civil del Imperio de uno de noviembre de 1865, que en materia de regulación de menores no hizo modificaciones, sino especialmente sobre el matrimonio, de las cuales no haremos más comentarios por no ser parte

¹³⁵ Cfr. Ley Orgánica del Registro Del Estado Civil del 27 de enero de 1857.

¹³⁶ Cfr. Ley Orgánica del Registro Del Estado Civil del 27 de enero de 1857.

de nuestro objetivo.

3.7.2 Código Civil de 1870

Este Código en su título cuarto nos habla de las actas del estado civil comprendiéndose las de nacimiento, reconocimiento de hijos naturales, tutela, emancipación, matrimonio y defunción. Esto en lo que respecta a las actas que deben existir y que reconocía el Código de 1870, además nos menciona “la mujer debe vivir con su marido” y “El marido debe proteger a la mujer; ésta debe obedecer a aquél, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes”.

Ésta, como se observa, es una legislación que regula una familia patriarcal en la cual se transfieren todos los derechos de control al padre, pero claro ya no de carácter absoluto como lo mencioné en la regulación que sobre los menores se aplicaba en la antigüedad.

El maestro Sánchez Medal comenta que la Ley: “Otorgó al padre en exclusiva la patria potestad sobre los hijos, ya que sólo a falta de él, podía la madre entrar al ejercicio de esa potestad (artículo. 392-I y 393).”¹³⁷

Éste Código hizo una clasificación de los hijos en legítimos y en hijos fuera del matrimonio, continuando con la clasificación de castigo que en la antigüedad se utilizó con frecuencia, esto en sus Artículos 383 y 3460 a 3496 tal y como lo señala el maestro Sánchez Medal “Clasificó a los hijos en legítimos y en los hijos fuera del matrimonio, subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios “*ex-uefario vel damanato coitu*”, o sea, adulterinos e incestuosos, principalmente para conferirles derechos

¹³⁷ SÁNCHEZ MEDAL Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México, Ed. Porrúa. México, 1979 p. 15.

hereditarios en diferentes proporciones en razón de la diversa categoría a que pertenecían”.¹³⁸

Incluyéndose en esta regulación como un código de infamia para los menores, como si éstos hubieren tenido la culpa de las faltas o descuidos de sus padres, castigando al menor por algo que no había hecho.

Además de que en estas leyes se le consideraba a la mujer como un ser inferior incapaz de cuidar a su propio hijo siendo que ésta es la que con *mayor frecuencia se encarga de los cuidados y la educación básica* que la familia le da, esto lo podemos observar específicamente en el artículo 392, fracción I que menciona que la patria potestad del menor se le concedía al padre exclusivamente y solamente a falta de este se le concedía o lo ejercía la madre.

El maestro Sánchez Medal señala que: “Este Código instituyó los herederos necesarios o forzosos mediante el sistema de las legítimas —o porciones— hereditarias que, salvo causas excepcionales de que no se hiciere testamento, se asignaban por ley en diferentes cuantías y combinaciones a favor de los descendientes y de los ascendientes del autor de la herencia” (art. 3460 a 3496)¹³⁹.

3.7.3 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

Fue expedida por Venustiano Carranza, y se consideró con vicios de origen “por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un congreso a quien correspondía darle vida”.¹⁴⁰

Existieron cinco innovaciones principales que esta Ley hizo sobre las

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Ibidem. pp. 15,16.

¹⁴⁰ CHAVEZ ASENCIO, Op. Cit. p. 81.

anteriores, primero, formuló la misma definición de matrimonio que el viejo Código Civil de 1870, substituyendo solamente el adjetivo indisoluble por el de disoluble, "contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo **disoluble** para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".¹⁴¹

Segunda innovación.- Al igualar dentro del matrimonio al hombre y la mujer suprimiendo la patria potestad marital y confiriendo a ambos consortes la patria potestad, distribuyendo las cargas del matrimonio, porque impuso además al marido el deber de dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, esto consagrado en su artículo 42, a la mujer la obligación de atender a todos los asuntos domésticos (artículo 44).

Tercera, borró la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, (todos los demás) pero dispuso que sólo tendrán derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido y además de que omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor.

Asimismo concedió la acción de investigación de la paternidad, no sólo en los casos de raptó o violación, en los que ya existía la posesión de estado de hijo natural, sino en los que se tuvieran otras pruebas, y un principio de prueba por escrito.

Cuarta, se incorporó la institución de la adopción en nuestro derecho civil, siendo que la misma había sido desconocida por Justo Sierra en su anteproyecto de Código Civil por considerarse enteramente inútil y fuera de nuestras costumbres, por lo que se le había omitido en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

¹⁴¹ SÁNCHEZ MEDAL, Op. Cit. p. 28.

Quinta, sustituyó el régimen legal de gananciales, por el régimen legal de separación de bienes (270 a 274).

CAPÍTULO CUARTO

4.1 PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONVENCIÓN.

La convención sobre los derechos del niño, fue adoptada para firma, ratificación o adhesión, por la resolución 44/25 de la Asamblea General de la ONU de 20 de noviembre de 1989. En vigor general a partir del 2 de septiembre de 1990, conforme al artículo 49 de la propia convención.

Fue depositado el instrumento de ratificación por México el 21 de septiembre de 1990, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, entrando en vigor para toda la República Mexicana el 21 de octubre de 1990.

Los principios que la presente convención, señalan el sentido y el espíritu del tratado, la intención que tuvieron los estados partes al adherirse y firmar la convención, además de plasmar los principios generales de la ONU en general, para lograr entender y explicar con base a estos principios los artículos que conforman la Convención Sobre los Derechos del Niño.

4.1.1 Principios Generales

Carta de las Naciones Unidas

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y

de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento, de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; La fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todas los pueblos hemos decidido a unir nuestros esfuerzos para realizar estos designios.

Las primeras consideraciones a este respecto, se traducen en el derecho de la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad entre las naciones, los cuales son valores a la no-discriminación o a la igualdad jurídica entre los pueblos y además entre las personas, tomando en consideración para estas aseveraciones lo que el mismo texto anterior hace de la dignidad y el valor a la persona humana, visiones ius naturalistas acerca del hombre.

En relación con la igualdad solo comentaremos lo que el maestro Ignacio Burgoa ha dicho, "la igualdad como garantía individual tiene como centro de imputación al ser humano en cuanto tal, es decir, en su implicación de persona, prescindiendo de la diferente condición social, económica o cultural en que se encuentra o pueda encontrarse dentro de la vida comunitaria."¹⁴²

También se hace referencia especial a los derechos humanos, para lo cual enunciaremos un concepto ius naturalista del mismo: Los derechos humanos son aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza para asegurar su pleno desarrollo dentro de la sociedad organizada, mismo que debe ser

¹⁴² BURGOA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", 27ª ed., Ed. Porrúa, México 1995. p 256.

reconocido y respetado por el poder público o la autoridad, al ser garantizado por el orden jurídico positivo.

En el anterior concepto se menciona que para que exista el desarrollo del hombre en la sociedad organizada, es necesario el respeto de los derechos humanos, este desarrollo es tanto social, cultural como económico. Lo cual nos servirá para relacionar el tema de nuestra tesis con las características sociológicas del mismo.

PROPÓSITOS Y PRINCIPIOS

Artículo 1

Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: Tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

Artículo 2

Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales

por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

5. Los Miembros de la Organización prestaron a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.

6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.

7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

Estas consideraciones son simplemente enunciadas para poder hacer una referencia específica en el desarrollo de la presente tesis en capítulos posteriores.

Cooperación Internacional Económica y Social

Artículo 55

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

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

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

c. El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Derivado de este artículo hacemos las siguientes consideraciones e interrogantes, en el inciso (a) se menciona las condiciones de progreso, es obvio que no se especifica en qué sentido se hace. Si progreso es la acción y efecto de crecer, lo que nos podemos preguntar es hacia dónde crecer, porque tener mejores condiciones de vida es vivir con mayor comodidad o mejores servicios, pero el progresar es un valor subjetivo cultural, e incluso personal, en éste debería incluir la consideración de que este progreso debe ser atendido según la sociedad a la que se hace referencia y en lo referente al desarrollo social bajo que valores establecer un desarrollo social si no lo es según la sociedad de la que se habla.

4.1.2 Principios Especiales

Estos son los principios especiales que para la presente convención se hace referencia, consagrando el predominio de los derechos humanos y de la dignificación de la persona humana como primordiales para la presente convención, y como la forma de conseguir los objetivos enunciados en la presente.

“considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,”

“teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover

el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,”

En este se establecen los derechos humanos desde una perspectiva ius naturalista, en la cual el respeto a las libertades fundamentales del hombre son el principio fundamental para lograr el desarrollo de los países llevando esto a la familia, como un principio de desarrollo en este grupo social.

“Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin discriminación alguna, por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”

A lo largo de este capítulo observaremos los artículos específicos respecto de este principio a la no-discriminación, especialmente referida al menor.

“Recordando que en la declaración universal de derechos humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,”

En este principio, como en otros que serán enunciados más adelante, se observa un interés especial en el menor, además de que observaremos a lo largo de este capítulo, cuales son los cuidados especiales a lo que este principio se refiere.

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,”

En este principio nos encontramos la aseveración de que la familia es el grupo fundamental de la sociedad, esto lo vimos en el capítulo segundo al observar las funciones de la familia; a continuación solo señalaremos el por qué básico por el cual este razonamiento es tan citado, la cual no se menciona en la Convención.

La familia sigue siendo un elemento vitalmente importante de la estructura social, ya que sus miembros tienen la responsabilidad principal del tiempo y el número de concepciones de nuevos miembros de la sociedad, así como de su sostenimiento y su primera socialización, además de ser la familia la unidad normal en que se reúnen y distribuyen los recursos para el consumo, a cuyo derredor se organiza la residencia y se ejecutan las tareas domésticas. Sus miembros constituyen entre sí la fuente principal de relaciones afectivas y adscriptivas dentro de una sociedad predominantemente competitiva, sus miembros tienen también la carga principal de la satisfacción de muchas necesidades peculiares de los miembros de la sociedad, que caen fuera del alcance de los organismos organizados.¹⁴³

“Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad amor y comprensión”.

Esto es importante porque la familia es el principal órgano de socialización del menor por el cual puede desarrollar sus capacidades y desempeñar los futuros papeles de adulto, los cuales formarán la personalidad del menor para la normal convivencia social.

“Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los

¹⁴³ ANDERSON Michael, Op. Cit. p. 7

ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en particular, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,”

“Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,”

Esto es necesario porque el hombre no nace, sino se hace hombre a través de la convivencia cotidiana con su familia, los cuales le enseñen lo que debe de saber y hacer, sino experimentaría el caso de ser un niño feroz, en el cual el niño se comporta como un animal, tanto en ademanes como en conducta.

“Recordando lo dispuesto en la declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños; con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacionales e internacionales; las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores; y la declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,”

Es casi una necesidad la de ubicar a niños en hogares donde suplan las funciones de su familia biológica, para suplir las funciones básicas de la familia.

“Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,”

“Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,”

Este punto toma especial importancia al observarse la necesidad de la socialización del niño dentro de su ambiente social, puesto que si el niño

fuera socializado de una manera diversa a este grupo, su desempeño en la comunidad sería deficiente no solamente en el aspecto económico, sino social y esto le podría acarrear una disfunción social además de trastornos en su personalidad.

"Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,"

Estos principios nos ayudarán a definir el alcance y la dirección de los artículos de la convención y así lograr su estudio a la luz de las características sociológicas que al menor se le imputan.

4.2 PRINCIPALES DERECHOS QUE PROCLAMA.

4.2.1 Derecho a la no discriminación.

"El concepto jurídico de igualdad jurídica, está integrado por la propia personalidad humana en su aspecto universal abstracto, eliminando toda diferencia entre grupos humanos e individuos desde el punto de vista de la raza, nacionalidad, religión, posición económica, etc... se traduce en un elemento eminentemente negativo: ausencia de distinciones y diferencias entre los hombres en cuanto tales."¹⁴⁴

Además, agrega el autor, que esta garantía es una de las prerrogativas fundamentales del hombre, y que es un elemento indispensable para el desenvolvimiento de su personalidad y el logro de su felicidad.

En un primer momento se dice que la convención se aplicará a cada

¹⁴⁴ BURGOA, Ignacio, Op. Cit., p. 255.

niño sujeto a su jurisdicción (artículo 2.1) sin distinción alguna de las características personales, culturales, étnicas o económicas de éstos.

Pero no sólo se habla de una actitud negativa de no distinción, sino además de una acción, en el artículo 2.2 se señala que el estado debe garantizar la protección del menor contra toda forma de discriminación e incluso castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

Nos encontramos con otro elemento, en el cual no sólo se prescribe la discriminación por la condición personal del menor, sino también aquella que pueda ser causada por aquellas personas que fungen como familia (padres, tutores o familiares), aunque debería ser una consideración general hacia toda persona que realizare funciones de cuidado hacia el menor, y no únicamente a los anteriormente citados.

En el artículo 7.1 Se resalta la importancia del derecho del menor a ser inscrito después de su nacimiento, el derecho a un nombre y a una nacionalidad, buscando con ello no dejar al menor en calidad de apátrida (sin nacionalidad), lo cual limitaría las prerrogativas de este frente al estado, al no tener los derechos que este último reconoce a sus integrantes.

En la Declaración de los Derechos del Niño, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, se reconoce de igual manera el derecho a no ser discriminado por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia, además de una protección contra aquellas prácticas que puedan fomentar la discriminación, incluyendo la necesidad de educar al menor en un espíritu de comprensión y tolerancia, para un mejor desenvolvimiento

social.¹⁴⁵

En la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)¹⁴⁶, se establece el ya conocido principio de igualdad entre los hijos nacidos fuera del matrimonio y los habidos dentro de él, el cual debe entenderse como el derecho de los menores nacidos fuera de matrimonio a no ser objeto de distinción – discriminación –.

4.2.2 Libertad de Asociación

El maestro Burgoa indica que: “por derecho de asociación se entiende toda potestad que tienen los individuos de unirse para constituir una entidad o persona moral, con sustantividad propia y distinta de los asociantes y que tiende a la consecución de determinados objetivos, cuya realización es constante y permanente. La libertad de asociación, al ejercitarse, engendra las siguientes consecuencias: A) creación de una entidad y substantividad jurídicas propias y distinta a la de sus miembros y B) prosecución de fines u objetivos permanentes y constantes.”¹⁴⁷

Del mismo modo, la Convención Sobre los Derechos del Niño, reconoce la libertad de reunión, debiendo entenderse que: “simplemente se trata de una pluralidad de sujetos desde un mero punto de vista aritmético, por lo demás, tiene lugar a virtud de la realización de un fin concreto y determinado”, lo cual no implica que las personas que se unen, con un fin concreto, pretendan crear una entidad moral, como es en la asociación.

En la observación de estos derechos, la Convención establece una

¹⁴⁵ Cfr. Principios 1 y 10 de la Declaración de los Derechos del Niño.

¹⁴⁶ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en vigor para México el 24 de marzo de 1981.

¹⁴⁷ BURGOA, Ignacio; Op. Cit., pp. 380-381.

actitud negativa por parte del Estado, consistente en que no se impongan restricciones al ejercicio de estos derechos, salvo que sea en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección a la salud, la moral pública o la protección a los derechos de terceros; como se observa en el artículo 15, puntos 1 y 2.

4.2.3 Derecho a tener una Familia y un Ambiente Social

En el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, se resuelve que para el desarrollo de la personalidad es necesario que el menor crezca al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.

En tanto que en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social se señala a la familia como la unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes.

De lo anterior y de las consideraciones vertidas en el capítulo segundo, en el sentido de que solamente la familia puede cumplir con las exigencias emocionales y de seguridad que el individuo requiere para el correcto desarrollo de su personalidad y socialización, se hace lógico pensar que no existe una mejor institución que la familia para desempeñar las funciones que ésta realiza.

Así, en la convención objeto de análisis, se considera la importancia de la familia, como lo señala el artículo 7.1, que en su última parte establece que el niño debe conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, mientras que en el 8.1 se señala el respeto del menor a preservar sus relaciones familiares y en relación con el artículo 10.1 también señala el derecho del menor de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres.

Mientras que el derecho a un ambiente social es encontrado en el respeto a la cultura y educación que los padres otorguen a sus hijos, toda

vez que el menor debe ser educado para desenvolverse en un ambiente social determinado, para así lograr un correcto desempeño del rol del menor, evitando la pérdida de su cultura, o aprendizaje del comportamiento que ese ambiente social espera del menor.

Así, en el artículo 5 se proclama el respeto a los derechos y deberes de los padres o persona encargada, de impartirle dirección y orientación apropiadas, mientras que en el artículo 14.2 se resalta el derecho de los padres a guiar al niño en el ejercicio de su libertad de conciencia y religión, que deben ser entendidos como parte de la cultura del menor para su correcto desenvolvimiento social.

Todo lo anteriormente dicho en este tema deberá ser confrontado con el capítulo segundo de la presente tesis.

4.2.4 Derecho a la Información, Expresión y libertad de Pensamiento.

Al parecer del maestro Burgoa la libertad de expresión se refiere a: "el individuo tiene la potestad jurídica de hablar sobre cualquier metería sustentando cualquier criterio, sin que el Estado y sus autoridades le impidan o le restrinjan ese derecho. Por consiguiente, la obligación estatal, estriba en una abstención de parte del sujeto pasivo"¹⁴⁸

En relación con esto, la Convención amplía la libertad de expresión y añade la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, pudiendo ser exteriorizados por cualquier medio, tal como lo señala el artículo 13.1.

Por otro lado en el artículo 12.1 se garantiza el derecho de expresar opinión libre en todos los asuntos que afectan al niño, con la variante de

¹⁴⁸ Ibidem, p. 350.

que ésta sea tomando en cuenta la edad y madurez del niño, siempre que este se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio. Con tal fin la Convención da al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño.

La libertad de pensamiento se relaciona mucho con la libertad de expresar las ideas, ya que estas ideas son las que su libre pensar desarrolla y concibe, es importante decir que para que exista una limitación al pensar es necesaria su exteriorización, puesto que nadie puede pensar por otro o saber lo que este piensa o considera, por tanto la libertad de pensamiento es simplemente un enunciado para resaltar la importancia del respeto hacia las creencias de los otros y el derecho que todo hombre tiene de poder captar la realidad a su modo y no ser discriminado por ello.

El artículo 14.1 señala la obligación del Estado a respetar el derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, además de un respeto hacia los derechos de los padres de formar su pensar, conforme a la evolución de sus facultades.

Referente a la libertad de información ya vimos que es parte del derecho de expresión consagrado en el artículo 13.1; en su connotación más generalizada, información es el acto de enterar o dar noticia de algún suceso, situación o persona, pero existe otro aspecto en que la convención establece un derecho a la información y ésta es referente al derecho del menor separado de uno o ambos padres como resultado de una medida adoptada por un Estado, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación u otras posibles, el Estado deberá proporcionar, cuando se le pida, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes incluido en su artículo 9.4.

4.2.5 Derecho del menor al desarrollo físico y mental

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo cuarto establece que: "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."

Los deberes relativos al cuidado y protección de los menores, a cargo de sus padres se encuentran establecidos en el código civil, lo cual fue comentado en el capítulo primero de la presente tesis de licenciatura, contando además con algunas convenciones en las que México ha sido parte, como la que estamos estudiando en estos momentos.

Podemos distinguir dentro de este punto tres direcciones, hacia las cuales se encuentran dirigidas las obligaciones de la Convención, la primera es una gama de derechos y obligaciones de los padres, la segunda una obligación del Estado, y la tercera una obligación de las instituciones de asistencia públicas o privadas.

A) Derechos y Obligaciones de los Padres.

El artículo 5 señala la obligación de una orientación y dirección apropiadas, en concordancia con las costumbres locales, y la evolución de sus facultades, mientras que en el artículo 14.2 se establece el respeto de los derechos y deberes de los padres de guiar al niño en el ejercicio de sus derechos.

En el artículo 27.2 se establece la necesidad de que los padres proporcionen, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. Y en el artículo 18.1 se otorga preponderancia a que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo relativo a la crianza y desarrollo del niño.

B) Obligaciones del Estado.

El Estado debe asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (artículo 3.2), además de garantizar el desarrollo del niño (artículo 6.2), respetar el derecho a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, así como restablecerlas cuando éstas hayan sido vulneradas (puntos 1y 2 del artículo 8).

El Estado debe proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación (19.1). Asimismo, ha de reconocer el derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y se obliga a adoptar las medidas necesarias para ayudar a los padres a cumplir con este derecho, y en caso necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo (artículo 27, puntos 1 y 3).

El artículo 32.1 señala que el Estado reconoce el derecho del niño a la protección contra la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que pudiera ser peligroso o entorpecer su educación, o incluso, aquél que sea nocivo para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Además de que el Estado deberá adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, además de una reintegración social del niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso tal como lo señala el artículo 39.

C) Obligación de las Instituciones de Asistencia

La ley sobre el sistema nacional de asistencia social en su artículo 15 relativo a las funciones en su fracción IV señala: “Promover e impulsar el sano crecimiento físico, mental y social de la niñez”.

El artículo 3.3 de la Convención señala que en las instituciones de servicio y cuidado para la protección del niño, se debe tener una supervisión adecuada. Mientras que el artículo 18.2 establece que se debe prestar asistencia a los padres para el desempeño de sus funciones.

4.2.6 Derecho a la Educación

A continuación enunciaremos algunos artículos de la ley general de educación para precisar cuales son las funciones, principios y bases en que la educación se encuentra fundada y debe otorgarse a los mexicanos.

ARTICULO 2º.- Todo individuo tiene derecho a recibir educación y, por lo tanto, todos los habitantes del país tienen las mismas oportunidades de acceso al sistema educativo nacional, con sólo satisfacer los requisitos que establezcan las disposiciones generales aplicables.

La misma ley nos da un concepto acerca de lo que debe ser la educación y las funciones por las cuales existe.

La educación es medio fundamental para adquirir, transmitir y acrecentar la cultura; es proceso permanente que contribuye al desarrollo del individuo y a la transformación de la sociedad, y es factor determinante para la adquisición de conocimientos y para formar al hombre, de manera que tenga sentido de solidaridad social.

ARTICULO 7º.- La educación que impartan el Estado, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios tendrá, además de los fines establecidos en el segundo párrafo del artículo 3º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los siguientes:

I.- Contribuir al *desarrollo integral del individuo*, para que ejerza plenamente sus capacidades humanas;

II.- Favorecer el *desarrollo de facultades para adquirir conocimientos*, así como la capacidad de observación, análisis y reflexión críticos;

III.- Fortalecer la conciencia de la nacionalidad y de la soberanía, el aprecio por la historia, los símbolos patrios y las instituciones nacionales, así como la *valoración de las tradiciones y particularidades culturales de las*

diversas regiones del país;

IV.- Promover, mediante la enseñanza de la lengua nacional -el español-, un idioma común para todos los mexicanos, sin menoscabo de *proteger y promover el desarrollo de las lenguas indígenas;*

V.- Infundir el conocimiento y la práctica de la democracia como la forma de gobierno y convivencia que permite a todos participar en la toma de decisiones al mejoramiento de la sociedad;

VI.- Promover el valor de la justicia, de la observancia de la Ley y de la igualdad de los individuos ante ésta, así como propiciar el conocimiento de los Derechos Humanos y el respeto a los mismos;

VII.- Fomentar actitudes que estimulen la investigación y la innovación científicas y tecnológicas;

VIII.- Impulsar la creación artística y propiciar la adquisición, el enriquecimiento y la difusión de los bienes y valores de la cultura universal, en especial de aquellos que constituyen el patrimonio cultural de la Nación;

IX.- Estimular la educación física y la práctica del deporte;

X.- Desarrollar actitudes solidarias en los individuos, para crear conciencia sobre la preservación de la salud, la planeación familiar y la paternidad responsable, sin menoscabo de la libertad y del respeto absoluto a la dignidad humana, así como propiciar el rechazo a los vicios;

XI.- Hacer conciencia de la necesidad de un aprovechamiento racional de los recursos naturales y de la protección del ambiente, y

XII.- Fomentar *actitudes solidarias* y positivas hacia el trabajo, el ahorro y el bienestar general.

ARTICULO 38.- La educación básica, en sus tres niveles, tendrá las adaptaciones requeridas para responder a las *características lingüísticas y culturales de cada uno de los diversos grupos indígenas* del país, así como de la población rural dispersa y grupos migratorios.

ARTICULO 40.- La educación inicial tiene como propósito favorecer el desarrollo físico, cognoscitivo, afectivo y social de los menores de cuatro años de edad. Incluye orientación a padres de familia o tutores para la educación de sus hijos o pupilos.

ARTICULO 42.- En la impartición de educación para menores de edad se tomarán medidas que aseguren al educando la protección y el cuidado necesarios para *preservar su integridad física, psicológica y social* sobre la base del respeto a su *dignidad*, y que la aplicación de la disciplina escolar sea compatible con su edad.

La Convención establece en su artículo 28.1 que el Estado reconoce el derecho del niño a la educación, por lo cual señala algunas reglas para lograr este objetivo.

Implantación de la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.

El fomento de la enseñanza secundaria, y procurar que sea gratuita o con planes de financiamiento.

Hacer la enseñanza superior accesible a todos, basándose en la capacidad.

Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales.

Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

El Estado deberá velar porque la disciplina escolar sea compatible con la dignidad humana del niño.

El artículo 29 señala el derrotero que la enseñanza debe seguir, es decir, que la enseñanza debe estar encaminada a: el desarrollo de la personalidad, aptitudes y capacidad física y mental del niño hasta el máximo de sus capacidades, la inculcación del niño por el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el respeto a sus padres y

a su propia identidad cultural, preparación del menor para asumir su responsabilidad ante la sociedad, además del respeto al medio ambiente.

Algunos de estos principios ya fueron adoptados o consagrados por la legislación nacional vigente, pero es necesario acentuar la importancia de la socialización del menor en diversos estatus, para así lograr en él, una adaptación al constante cambio social.

4.3 DERECHOS QUE PROTEGEN LA INTEGRIDAD Y LA VIDA DEL MENOR

4.3.1 Derecho a la vida

La protección a la vida es indispensable en cualquier sistema, ya que de esto depende la aplicación de toda la gama de derechos y obligaciones. Si no existe un sistema protector a la vida ¿para qué servirían las normas protectoras del menor y su desarrollo?

El Estado –por estas razones– reconoce el derecho intrínseco a la vida, así como a la supervivencia del menor (artículo 6 puntos 1 y 2), como base fundamental para el cumplimiento de las demás obligaciones que de la propia convención se derivan.

Derivado del mismo respeto a la vida, el Estado debe reconocer el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (artículo 24.1); mientras que en el artículo 24.2 se establece que el Estado deberá adoptar las medidas apropiadas para: la reducción de la mortalidad infantil, y en la niñez, asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, combatir las enfermedades y la malnutrición, asegurar la atención prenatal y postnatal apropiada a las madres, además de una atención sanitaria preventiva.

Como último la Convención señala que no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua, sin posibilidad de excarcelación, por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

4.3.2 Derecho a la seguridad social

Ley Del Seguro Social

Artículo 2. La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.

Artículo 3. La realización de la seguridad social está a cargo de entidades o dependencias públicas, federales o locales y de organismos descentralizados, conforme a lo dispuesto por esta Ley y demás ordenamientos legales sobre la materia.

En estos artículos de la ley del seguro social podemos ver la finalidad de la seguridad social, y quienes son los encargados de otorgar este servicio.

Las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección del menor deben cumplir las normas establecidas por las autoridades competentes, teniendo primordial importancia en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada como lo establece el artículo 3.3.

Otra de las obligaciones de las instituciones de asistencia social es la de prestar asistencia apropiada a los padres, para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, así como

asegurar que los niños de padres que trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños.¹⁴⁹

El artículo 20.1 protege a los niños que temporal o permanentemente, se encuentren privados de su medio familiar, o a aquéllos que por su superior interés se exija que no permanezcan en ese medio, el Estado deberá brindarles protección y asistencia especial.

En los casos de niños impedidos o discapacitados el Estado reconoce el derecho a recibir cuidados especiales. Asimismo, alentará y asegurará las prestaciones requeridas para que el niño discapacitado disfrute de una vida plena y decente, en condiciones que aseguren su dignidad, procurando que esta ayuda sea gratuita siempre que sea posible, tomando en cuenta la situación económica de los padres.¹⁵⁰

Mientras que en el artículo 26 se reconoce el derecho del niño al beneficio de la seguridad social, estableciendo que estas prestaciones deberán concederse según los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables de él, o en su caso, prestar ayuda a los padres o personas encargadas del cuidado del niño para dar efectividad a este derecho.

4.3.3 Protección del menor contra toda forma de abuso físico o mental

Respecto de la protección de la integridad física y psicológica, el Código Civil para el Distrito Federal nos habla de una protección especial contra actos de los miembros de la familia, contenidos en los artículos 323 bis y 323 ter, proclamando que:

¹⁴⁹ Convención Sobre los Derechos Del Niño, artículo 18 puntos 2 y 3.

¹⁵⁰ Convención Sobre los Derechos Del Niño, artículo 23.

“Los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social”

Al disturbio de estos derechos se le llama violencia familiar, por la cual se entiende: “el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no, lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.”

La convención también nos habla de los derechos a la protección del menor contra toda forma de abuso, como nos lo señala el artículo 9.1 que establece que el niño debe separarse de sus padres en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres.

En el artículo 16.1 se reconoce el derecho del niño a no ser objeto de injerencias arbitrarias, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. A lo cual tendrá el menor la protección de la ley.

Se establece la obligación del estado a tomar las medidas necesarias para que ningún niño sea objeto de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación (artículo 19.1), mientras que en el ámbito laboral se protege al menor contra toda forma de explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer la educación o aquél que sea nocivo para su salud, desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (artículo 32.1), y el artículo 34 protege al menor contra toda forma de explotación y abuso sexual, y contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales en algún aspecto de su bienestar, artículo 36.

Un dato importante en la convención es la obligación del Estado para

la recuperación ya sea física, ya psicológica, del menor víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura; además de procurar la reintegración social del menor, tal como lo establece el artículo 39.

4.3.4 Derecho a obtener el estatuto de refugiado

En la convención de 1951, se establecieron los criterios para la consideración del estatus de refugiado.

Es debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o —a causa de dichos temores— no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o —a causa de dichos temores— no quiera regresar a él.

La expresión “fundados temores de ser perseguido” es la parte esencial de la definición. La determinación de la condición de refugiado requiere, primordialmente, de una evaluación de las declaraciones del solicitante, más bien que un juicio sobre la situación imperante en su país de origen.

Al elemento del temor—estado de ánimo y condición subjetiva— se añade el calificativo de fundado. Ello significa que no es sólo el estado de ánimo de la persona interesada lo que determina su condición de refugiado, sino que esa tesitura debe estar basada en una situación objetiva. Por consiguiente, la expresión “fundados temores” contiene un elemento subjetivo y un elemento objetivo y, al determinar si existen temores fundados, deben tomarse en consideración ambos elementos.

El temor debe ser razonable. Sin embargo, el temor exagerado puede

ser fundado si, a la luz de todas las circunstancias del caso, ese estado de ánimo puede considerarse justificado.

Comenzando por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, la mayor parte de los instrumentos internacionales que se ocupan de los derechos humanos contienen disposiciones similares para la protección de la unidad de la familia.

El Acta Final de la Conferencia que aprobó la Convención de 1951 recomienda a los gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección a la familia del refugiado y especialmente para:

1) Asegurar que se mantenga la unidad de la familia del refugiado, sobre todo en los casos en que el jefe de familia reúna las condiciones necesarias para ser admitido en un país;

2) Asegurar la protección a los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños aislados y a los jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción.

La Convención de 1951 no recoge el principio de la unidad de la familia en la definición de refugiado. Sin embargo, la mayoría de los Estados, sean o no partes en la Convención de 1951 o en el Protocolo de 1967, observan la mencionada recomendación incluida en el Acta Final de la Conferencia.

Si el jefe de la familia reúne las condiciones señaladas en la definición, a los familiares que están a su cargo se les suele reconocer la condición de refugiados de conformidad con el principio de la unidad de la familia.

Por lo que se refiere a los miembros de la familia que pueden quedar amparados por el principio de la unidad familiar, debería incluirse por lo menos al cónyuge y a los hijos menores de edad. En la práctica, se incluye

normalmente a otros familiares a cargo, tales como los padres ancianos de refugiados, si forman parte del mismo hogar. Por otro lado, si el jefe de la familia no es refugiado, nada impide que cualquiera de los familiares que están a su cargo lo sea, si puede aducir razones por su propia cuenta y pida que se le reconozca la condición de refugiado, en virtud de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967. En otras palabras, el principio de la unidad de la familia entra en juego para favorecer a los familiares a cargo y no para perjudicarles.

El principio de la unidad de la familia no sólo es aplicable cuando todos los miembros de la familia pasan a ser refugiados al mismo tiempo. Se aplica asimismo a los casos en que la unidad familiar ha quedado temporalmente destruida por la huida de uno o varios de sus miembros.

Mientras que la convención nos habla de la protección que al menor se hace a este respecto, en el artículo 22 se establece la obligación del Estado para adoptar las medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos pertinentes, así como el ayudar al menor en la localización de sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se pueda reunir con ella.

Ley General de Población

Artículo 42.-

VI.- REFUGIADO.- Para proteger su vida, seguridad o libertad, cuando hayan sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en su país de origen, que lo hayan obligado a huir a otro país. No quedan

comprendidos en la presente característica migratoria aquellas personas que son objeto de persecución política prevista en la fracción anterior. La Secretaría de Gobernación renovará su permiso de estancia en el país, cuantas veces lo estime necesario. Si el refugiado viola las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello le sean aplicables, perderá su característica migratoria y la misma Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue procedente para continuar su legal estancia en el país. Asimismo, si el refugiado se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar en esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia Secretaría. El refugiado no podrá ser devuelto a su país de origen, ni enviado a cualquier otro, en donde su vida, libertad o seguridad se vean amenazadas. (reformada, D.O.F. 8 de noviembre de 1996)

La Secretaría de Gobernación podrá dispensar la sanción (a que se hubiere hecho acreedor por su internación ilegal al país) al extranjero a quien se otorgue esta característica migratoria, atendiendo al sentido humanitario y de protección que orienta la institución del refugiado. (adicionada, D.O.F. 17 de julio de 1990).

4.3.5 Interés superior del niño

En diversos supuestos se establece que la interpretación o el manejo de la ley será atendiendo al interés superior del menor, esto es, tener en cuenta las necesidades que el niño tenga, dependiendo de sus circunstancias personales, tanto de edad, necesidad física y mental del menor.

Esto excluye los intereses de los padres a favor de la necesidad de los menores, pero la convención no señala en algún artículo en particular en que sentido debe ser comprendido el interés superior del niño, de lo cual surge la pregunta ¿cuál es este interés a que la convención hace referencia?

Se podría interpretar en el sentido de obtener un desarrollo físico y mental de forma plena, pero bajo qué circunstancias se obtiene éste desarrollo físico y mental, a esto la convención señala que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad¹⁵¹, además de incluir en el menor los ideales proclamados en la carta de las naciones unidas, y en específico el espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, estos son los principios que son señalados como derroteros para el desarrollo del menor, los cuales en forma idílica podrían parecer suficientes para el pleno desarrollo de la personalidad del niño, pero ¿qué pasa con su aplicación práctica?, con decirle al niño estos principios no se logra un gran avance, por tanto, a todas vistas se requiere algo más.

Como lo establece el artículo 3.1 acerca de aquellas medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, así como los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, quienes atenderán como una consideración especial al interés superior del niño.

El artículo 9.1 que nos habla del derecho del niño a no ser separado de sus padres, incluye que las autoridades pueden declarar la separación de su medio familiar siempre que esta separación sea necesaria en aras del interés superior del niño. En este artículo se especifican algunos casos en el sentido de lo que debe entenderse por éste, especificando como ejemplo, aquellos casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido, por parte de sus padres. Pero se deja abierta la posibilidad de una libre interpretación en este sentido.

Mientras que el artículo 9.3, señala el respeto al derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres, salvo si

¹⁵¹ Cfr. Capítulo II de esta tesis, especialmente lo referente a la socialización.

ello es contrario al interés superior del niño.

El artículo 18.1 que establece el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, siendo dirigida esta obligación en el sentido de que su preocupación fundamental será el interés superior del niño. Especialmente en este artículo, ¿cuál es el interés superior del niño respecto a su crianza y desarrollo?.

CAPÍTULO QUINTO

5.1 FILIACIÓN COMO ESTADO JURÍDICO.

Debemos establecer en qué momentos la convención nos habla de la filiación y en qué sentido debemos entender ésta a través de la relación entre la convención y la doctrina, para tener un esquema crítico de la convención.

En el primer capítulo tratamos acerca de la filiación vista a través de la descripción que diversos autores proporcionan acerca de esta figura, la cual podemos resumir como: el conjunto de relaciones jurídicas determinado por el hecho biológico de la procreación, o bien por situarse en la hipótesis jurídica de la adopción, que vincula a los padres con los hijos y deriva, por ello, un cúmulo de derechos y obligaciones.

El estado jurídico de la filiación se desprende de una situación permanente, de sí el hijo realmente tiene dentro de la familia del padre o la madre, la calidad de hijo a través del nombre, del trato o la fama. Es decir una situación permanente que sólo puede desenvolverse en el curso del tiempo, uniendo el hecho de la procreación, con otros hechos que podrán existir o no, tales como la convivencia del hijo con el padre o la madre, y el trato que por virtud de esa convivencia puede recibir, considerándolo como a un hijo. Dándole dentro del grupo social al que pertenezca la calidad de hijo, por considerarlo como tal.¹⁵²

Como se dijo en el capítulo primero, el estado jurídico de la filiación o la posesión de estado de hijo, tiene tres elementos:

¹⁵² ROJINA VILLEGAS Op. Cit. p. 602

El elemento nombre, que se establece por el hecho de que el presunto hijo tenga el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores.

En cuanto al elemento trato, se refiere a la actividad del padre en relación con el hijo, ya sea que lo haya alimentado, que vivan juntos en familia, o que haya previsto su educación, como todo padre debe hacerlo normalmente con sus hijos.

El elemento fama, se establece por el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad general hacen de la relación filial.

El artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce el derecho del niño a tener un nombre, constituyendo con esto uno de los elementos del estado jurídico de la filiación, *el nombre*.

El mismo artículo establece el derecho del menor a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, con lo cual se constituye el elemento del trato en lo referente al estado jurídico de la filiación, pues surge una situación permanente, consistente en la calidad de hijo, siendo el trato, el cuidado que del menor debe hacerse, como hemos visto anteriormente.

Mientras que el artículo 8.1 establece el respeto al derecho de mantener sus relaciones familiares, en este sentido, el normativo nos habla específicamente del estado jurídico de la filiación, puesto que este se desprende de una situación permanente y no solamente del hecho biológico de la concepción, lo cual crea un cúmulo de relaciones jurídicas.

Estas relaciones pueden ser incluidas como la red de parentesco que en el segundo capítulo estudiamos, se estableció que el parentesco consiste de una estructura de papeles y relaciones basados en lazos de sangre (consanguinidad) y de matrimonio (afinidad) que liga a los hombres, a las mujeres y a los niños dentro de un todo organizado.

Desde el punto de vista del individuo, el parentesco se refiere a cualquier relación con otra persona a través de su padre y madre. Todo lazo de parentesco deriva pues, de la familia, ese grupo universal y

fundamental.

Por esto la convención procura que no sólo exista un reconocimiento del hijo, estableciendo la línea de filiaciones que existan, sino además advierte que ésta debe constituirse como el estado jurídico de la filiación, es decir como una situación permanente, la cual no sólo considera al hecho biológico de la procreación, sino que además relaciona otros hechos, tales como la convivencia del hijo con el padre o la madre, y el trato que por virtud de esa convivencia puede recibir, considerándolo como a un hijo.

La convención no sólo intenta lograr la vinculación entre alguno de los padres con el o los hijos, sino que pone especial atención a la convivencia o relaciones interpersonales entre los padres y los hijos, estableciendo con esto la necesidad y las funciones que la familia desempeña.

Es notorio que la convención no establece o esclarece el porqué la familia es importante para el desarrollo del menor, tal como observamos en el capítulo inmediato anterior, mas bien sólo se restringe a establecer la necesidad de estas relaciones personales.

Pero cual es la carencia de la convención a este respecto, ¿cómo se relacionan las características sociológicas que al menor son imputables con la normatividad del tratado?. Es lógico pensar que si la convención procura el desarrollo del menor, tanto física como mentalmente, es importante utilizar las características sociológicas para lograr esto, incluso es necesario incluir algunas teorías psicológicas, para lograr el desarrollo armónico e integral de los seres humanos, los cuales sean adaptables y compatibles con la sociedad.

Ya que en este tema hablamos de la familia y sus relaciones, queda en el aire considerar, cuales son las funciones principales que la familia

desempeña para los miembros que la componen y las cuales la convención no esclarece o define.¹⁵³

5.2 PATRIA POTESTAD, ALIMENTOS Y ADOPCIÓN.

En este momento intentaremos analizar estas instituciones que el derecho familiar contempla a la luz de la convención en comento, a lo cual se debe hacer referencia al primer capítulo de la presente tesis, para comparar la doctrina, con la Convención sobre los Derechos del Niño.

En general, las definiciones acerca de la patria potestad hacen referencia a los derechos y deberes que ejercen los padres o uno de ellos, sobre la persona y bienes del menor, pero además se refiere a una institución con una finalidad de asistencia y protección, lo cual será importante por los derechos que al menor se le imputan en la presente convención. En relación con estos derechos y deberes que los padres tienen hacia sus menores hijos nos encontramos con los siguientes:

Custodia.

La custodia es el primer deber de los padres con relación a los hijos menores y no emancipados, lo cual significa, "tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado"¹⁵⁴.

Convivencia según Zannoni es el "Derecho deber de los padres de convivir con los hijos y la correlativa obligación de éstos de habitar con sus padres"¹⁵⁵.

Así, en la convención objeto de análisis, se considera la importancia

¹⁵³ Cfr. Capítulo II de esta tesis, "Funciones de la Familia", pp. 4 y 5.

¹⁵⁴ CHÁVEZ ASENCIO, "Relaciones Paterno Filiales", Op. Cit, p. 319.

¹⁵⁵ ZANNONI, Op. Cit. p. 711

de la convivencia familiar, como lo señala el artículo 7.1, que en su última parte señala que el niño debe conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible, mientras que en el 8.1 se señala el respeto del menor a preservar sus las relaciones familiares y el 10.1 también señala el derecho del menor de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres.

Tomaremos la definición de Zannoni referente a relaciones familiares: "puede definirse como toda relación que el ordenamiento jurídico establece entre personas, imputando deberes o atribuyendo derechos, interdependientes y recíprocos, para la realización de fines o intereses familiares. El objeto de la relación es, en este caso, la obtención de los bienes jurídicos (materiales o inmateriales muchas veces presupuestos en las normas jurídicas) y el contenido trasciende en derechodeberes que funcionalizan la realización del objeto de la relación jurídica"¹⁵⁶.

Protección a la persona. Dentro del cuidado y custodia está la protección de la persona del hijo, frente a los peligros que puedan amenazar su integridad física o mental.

En la convención se proclama el deber de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (artículo 3.2), además de garantizar el desarrollo del niño (artículo 6.2), respetar el derecho a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, así como restablecerlas cuando hayan sido vulneradas (puntos 1 y 2 del artículo 8).

El artículo 32.1 señala el derecho del niño a la protección contra la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que pudiera ser peligroso o entorpecer su educación, o incluso, aquél que sea nocivo para su

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 27

desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Además de que el Estado deberá adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, además de una reintegración social del niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tal como lo señala el artículo 39.

Vigilancia de sus actos. Dentro del deber de guarda va incluido el deber de vigilancia, por lo cual los padres responderán de las consecuencias de los daños en que hayan incurrido sus hijos, en cuanto ellas se deban a la falta de vigilancia.

Asistencia.

No se reduce a proporcionar los medios económicos para la subsistencia física, si no substraer a los hijos de todo peligro en formación humana.

La convención también nos habla de los derechos a la protección del menor contra toda forma de abuso, como nos lo señala el artículo 9.1, que establece que el niño debe separarse de sus padres en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres.

Así, en el artículo 5 se proclama el respeto a los derechos y deberes de los padres o persona encargada, de impartirle dirección y orientación apropiadas, mientras que en artículo 14.2 se resalta el derecho de los padres a guiar al niño en el ejercicio de su libertad de conciencia y religión, que deben ser entendidos como parte de la cultura del menor para su correcto desenvolvimiento social.

En el artículo 16.1 se reconoce el derecho del niño a no ser objeto de injerencias arbitrarias ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. Teniendo en éstos el menor, la protección de la ley.

En la relación económica patrimonial que entre padres e hijos se establece, se encuentran fundamentalmente los alimentos, la cual es una de las principales obligaciones con cargo a los padres que hayan reconocido a

su hijo o por sentencia judicial que así lo señale, esta obligación se encuentra en el artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal.

Contenido.

En general, jurídicamente los alimentos se encuentran constituidos por comida, vestido, habitación, así como asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, incluyen además, educación básica y aprendizaje de un oficio, arte o profesión. En general esta obligación comprende todo lo que el artículo 308 consigna.

Asimismo, ha de reconocer el derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y se obliga a adoptar las medidas necesarias para ayudar a los padres a cumplir con este derecho y en caso necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo, sin deslindar la responsabilidad de los padres de proporcionar dentro de sus posibilidades las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño, e incluso en el punto cuarto del artículo 27 se habla de la obligación de la pensión alimenticia, consagrándose la necesidad de recursos económicos que el niño tiene, para no vivir en desamparo.

En lo referente a la adopción la convención establece ciertas normas mínimas, para proteger al menor, las cuales son:

Velar porque la adopción sólo sea autorizada por las autoridades competentes y cumpliendo con las formalidades que el Estado imponga para ésta. Y que ésta es admisible en vista de la situación del menor en relación con sus padres, parientes y representantes.

Se valida la adopción internacional en los casos en que el menor no pueda ser colocado en un hogar de guarda, o entregado a una familia adoptiva, o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

En relación con esto, nos encontramos que siempre es mejor el ubicar a un niño en otro medio familiar, que dejarlo a un simple cuidado físico,

toda vez que la personalidad del menor no se crea sola sino que se aprende, como lo vimos en el capítulo segundo referente al desarrollo de la personalidad del menor, necesita de modelos de los cuales pueda aprender a comportarse en sus roles sociales, claro que esto es si se pretende que éstos sean seres normales y bien desarrollados, además que en la familia se obtiene una socialización adecuada a través del contacto con sus padres y con los parientes, tal como lo señalamos en las páginas 6, 7 y 8 del capítulo segundo.

Continuando con lo que la convención nos dice respecto a la adopción internacional, se establece la obligación de que se cerciore el Estado otorgante de si existen normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.

En resumen, encontramos normas innovadoras dentro de la convención, como lo serían las señaladas en el capítulo anterior, y se observa primordialmente una protección del menor contra toda forma de abuso físico o mental y la obligación del cuidado de las necesidades físicas. Y algunas, otros derechos reconocidos a los menores, tal como lo serían: el derecho a la libertad de pensamiento, de expresión del menor, ya que aun expresados en la Constitución Mexicana, el menor era relegado de estos derechos. Pero que pasa con el derecho del menor a vivir en un ambiente social adecuado para lograr su socialización y el buen cumplimiento de sus roles sociales, en este punto ni la legislación nacional ni la convención logran llenar el espacio vacío.

5.3 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Como ya hemos mencionado, la convención plasma en algunos de sus diversos artículos la importancia del cuidado y protección de diversos

derechos relativos al niño, pero como una medida especial se establece un enfoque diverso para esta protección, como lo es el interés superior del niño, el cual se manifiesta como la intención de los estados miembros para colocar al niño en las condiciones más favorables para él.

Como la convención no nos señala específicamente en que sentido debe ser entendido el interés superior del niño, por tal motivo debemos acudir a los principios rectores que la convención proclama, en los cuales se pone de manifiesto que la infancia requiere de cuidados y asistencia especial, así como la necesidad del menor de crecer en una familia, en un ambiente sano (a lo cual la convención incluye algunos conceptos abstractos como la felicidad, el amor y la comprensión), además de proclamarse que el menor debe estar preparado para una vida independiente en sociedad y el ser educado bajo los principios de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

En vista de que éstos son los elementos que la convención considera de primordial interés para el niño, debemos establecer algunas categorías para su mejor estudio, dentro del texto de la propia convención, como lo son: el interés físico o material, el psicológico o mental (el cual incluye el desarrollo de su personalidad) y el social.

Primeramente analizaremos la protección material, la Convención establece diversos artículos relativos a la protección física del menor como lo son:

En el artículo 27.2 se establece la necesidad de que los padres proporcionen dentro de sus posibilidades y medios económicos las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. Y en el artículo 18.1 se otorga preponderancia a que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relativo a la crianza y desarrollo del niño.

El Estado debe proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación (artículo 19.1).

Asimismo, ha de reconocer el derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico y se obliga a adoptar las medidas necesarias para ayudar a los padres a cumplir con este derecho, e incluso proporcionar asistencia material y programas de apoyo artículo 27, puntos 1 y 3.

El artículo 32.1 señala que el Estado reconoce el derecho del niño a la *protección contra la explotación económica* y el desempeño de cualquier trabajo que sea nocivo para su desarrollo físico. Además de que el Estado deberá adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, además de una reintegración social del niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tal como lo señala el artículo 39.

El artículo 6 en sus puntos 1 y 2 reconoce el derecho intrínseco a la vida, así como a la supervivencia del menor, como base fundamental para el cumplimiento de las demás obligaciones que de la propia convención se derivan.

Derivado del mismo respeto a la vida, el Estado debe reconocer el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, artículo 24.1, mientras que por el artículo 24.2 el Estado deberá adoptar las medidas apropiadas para: la reducción de la mortalidad infantil y en la niñez, asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, combatir las enfermedades y la malnutrición, asegurar la atención prenatal y posnatal apropiada a las madres, además de una atención sanitaria preventiva.

En los casos de niños impedidos o discapacitados, el Estado reconoce el derecho a recibir cuidados especiales y alentará y asegurará, las prestaciones requeridas para que el niño discapacitado disfrute de una vida plena y decente, en condiciones que aseguren su dignidad, procurando que esta ayuda sea gratuita siempre que sea posible, tomando en cuenta la

situación económica de los padres

Mientras que en el artículo 26 se reconoce el derecho del niño al beneficio de la seguridad social, estableciendo que estas prestaciones deberán concederse, según los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables de él, o en su caso, el prestar ayuda a los padres o personas encargadas del cuidado del niño para dar efectividad a éste derecho.

Desde el punto de vista del interés superior del niño en su ámbito físico y material, es clara la convención con relación a la protección y cuidados en la persona del menor, además de atender a sus necesidades y así lograr un desarrollo ideal de las facultades físicas del menor, esto por haberse cubierto las necesidades de éste.

Continuamos los criterios que de la propia interpretación de los artículos de la Convención se deriva, para conocer cual es el interés superior del niño en relación con su aspecto psicológico o mental.

En el artículo 2.2 se señala que el Estado debe garantizar la protección del menor contra toda forma de discriminación e incluso castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

El derecho a la no discriminación es importante en el desarrollo de la personalidad desarrollado en el segundo capítulo de la presente tesis, en la cual se menciona que, el tratadista Cooley señala que toda persona se entiende a sí misma a través de los ojos de los demás; menciona que todo individuo aprende a juzgarse a sí mismo basándose en el modo en que los demás lo juzgan, entendiendo la manera en que los demás piensan de nosotros. "Si mi madre me dice continuamente que soy un mal muchacho,

me veré como tal y viceversa".¹⁵⁷

Por tal motivo cualquier trato diferenciado entre los miembros de una comunidad, lograra un impacto importante en el desarrollo de la percepción personal de cada individuo, pudiendo pensarse equivocadamente en un ciudadano de segunda clase.

El Estado debe proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación, tal y como lo señala el artículo 19.1.

El artículo 32.1 señala que el Estado reconoce el derecho del niño a la protección contra la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que pudiera ser peligroso o entorpecer su educación, o incluso aquél que sea nocivo para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Además de que el Estado deberá adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, además de una reintegración social del niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tal como lo señala el artículo 39.

El artículo 29 señala el derrotero que la enseñanza debe seguir, o bien, que la enseñanza debe estar encaminada a: el desarrollo de la personalidad, aptitudes y capacidad física y mental del niño hasta el máximo de sus capacidades, la inculcación del niño por el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el respeto a sus padres y a su propia identidad cultural, preparación del menor para asumir su responsabilidad ante la sociedad, además del respeto al medio ambiente.

Así se establece –aunque no tácitamente– el interés superior del menor en su aspecto psicológico o mental, en el texto de la Convención, a través de la no discriminación, el evitar cualquier abuso mental, el substraer

¹⁵⁷ BALDRIGES, Op. Cit., p 127

de cualquier actividad que perjudique la educación del menor o que sea nocivo para su desarrollo mental, espiritual o moral y establece que la educación debe estar encaminada al desarrollo de la personalidad y a obtener el máximo de las capacidades del menor (esto se entiende principalmente como un desarrollo de la inteligencia), por tal motivo los artículos antes mencionados nos dicen lo que no se debe hacer o en todo caso, se pide el desarrollo de la personalidad y la inteligencia pero no se habla de que es lo conveniente.

Desde el punto de vista de las necesidades del menor, y especialmente las que se refieren a su mente, es muy difícil establecer que es mejor para el menor y que no lo es, en este caso los estados partes, pretendieron quitar al niño de cualquier amenaza a su estabilidad mental. Pero extrañamente no se dice quien ha de encargarse de evaluar el peligro a esta estabilidad o el posible daño ya ocasionado.

Desde el punto de vista del interés superior del niño en su aspecto social, sólo nos encontramos con dos consideraciones:

El derecho a tener relaciones familiares o un ambiente familiar.

En el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, se resuelve que para el desarrollo de la personalidad es necesario que el menor crezca al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.

En tanto que en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social se señala a la familia como la unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes.

Así, en la convención objeto de análisis, se considera la importancia de la familia, como lo señala el artículo 7.1 que en su última parte señala que el niño debe conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, mientras que en el artículo 8.1 se señala el respeto del menor a preservar sus relaciones familiares y en el artículo 10.1 se resalta el derecho del menor de mantener

relaciones personales y contacto directo con ambos padres.

En el artículo 14.2 se resalta el derecho de los padres a guiar al niño en el ejercicio de su libertad de conciencia y religión, que deben ser entendidos como parte de la cultura del menor para su correcto desenvolvimiento social.

Y la necesidad de estar preparado para lograr un adecuado desenvolvimiento social o una vida independiente en sociedad, contemplado en el principio 6, el cual habla de que el niño debe estar preparado para lograr una vida independiente en sociedad.

Artículo 14.2 se resalta el derecho de los padres a guiar al niño en el *ejercicio de su libertad de conciencia y religión*, que deben ser entendidos como parte de la cultura del menor para su correcto desenvolvimiento social, ya que en esencia la socialización que la familia nos da es la trasmisión de la cultura que en la sociedad impera.

Pero en ningún momento se habla de la importancia de la socialización de la familia, o la enseñanza de los estatus y roles, para que el menor logre una buena integración en sociedad. Así, la convención es omisa en diversos puntos, sobre todo en los referentes a sus necesidades psicológicas o sociales, las cuales es obvio que tiene.

Es necesario que se plasme en un artículo en que sentido debe ser entendido el interés superior del niño, y no solamente ser enunciado, para dejarse a una valoración subjetiva acerca de lo que es bueno o es malo.

Además que las autoridades deben estar auxiliadas por personas competentes para el conocimiento de las necesidades del menor en el logro de su completo desarrollo y su correcta socialización, con el fin de tener una mejor perspectiva acerca del interés superior del niño, con el fin de obtener personas adaptadas a los cambios sociales y emocionalmente capaces para afrontar los problemas cotidianos.

5.4 PROTECCIÓN DEL MENOR EN SU AMBIENTE SOCIAL.

En este punto, señalaremos cuales son los artículos que nos hablan de la protección del ambiente social del menor e intentaremos esclarecer la intención de la convención al respecto, además de establecer según las características sociológicas que al menor le corresponden, las carencias que la propia convención tiene en este punto.

En primer lugar estableceremos que es el ambiente, el cual es el medio o circunstancias en que se vive. Esto es el reconocimiento del menor a tener una familia, puesto que este grupo social primario es el primer medio en el que el menor se desenvuelve, y el derecho a tener su medio cultural, (ambiente social), los cuales se encuentran plasmados en:

En el principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, se resuelve que para el desarrollo de la personalidad es necesario que el menor crezca al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.

Así, en la convención objeto de análisis, se considera la importancia de la familia, como lo señala el artículo 7.1, el cual en su última parte señala que el niño debe conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, mientras que en el 8.1 se señala el respeto al derecho del menor de preservar sus relaciones familiares y el artículo 10.1 también señala el derecho del menor de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres.

Esto es porque sólo la familia puede cumplir con las exigencias emocionales y de seguridad que el individuo requiere para el correcto desarrollo de su personalidad y socialización. Se hace lógico pensar que no existe una mejor institución que la familia para desempeñar las funciones que ésta realiza, aunque en la propia convención no se señalan las razones por las cuales sea necesario, para el menor, vivir bajo la responsabilidad de sus padres.

Mientras que en el derecho a un ambiente social se encuentra el

respeto a la cultura y a la educación que los padres impartan a sus hijos, toda vez que el menor debe ser educado para desenvolverse en un ambiente social determinado, para así lograr el correcto desempeño del rol del menor dentro de su ambiente social. Evitando la pérdida de la cultura, o aprendizaje del comportamiento del menor, la conducta de éste se adecuará naturalmente a las exigencias que el ambiente social establezca, logrando un correcto desempeño del rol.

Así, en el artículo 5 se proclama el respeto a los derechos y deberes de los padres (o persona encargada) de impartirle dirección y orientación apropiadas, mientras que en artículo 14.2 se resalta el derecho de los padres a guiar al niño en el ejercicio de su libertad de conciencia y religión, que deben ser entendidos como parte de la cultura del menor para su correcto desenvolvimiento social.

En relación con la necesidad del ambiente social señalaremos lo que algunos autores nos dicen de esto.

Los sociólogos Horton y Hunt en referencia a Fromm que para que una sociedad funcione eficientemente: "Sus miembros deben adquirir la clase de carácter que los haga querer actuar en la forma en que tienen que actuar como miembros de la sociedad... Tiene que desear hacer lo que objetivamente es necesario que ellos hagan".¹⁵⁸

Mientras que el foco central del proceso de socialización reside en la interiorización de la cultura de la sociedad en que ha nacido el niño, y esta es obviamente transmitida por la familia como primer eslabón del menor con la sociedad y sus requisitos de comportamiento, de aquí la importancia de la familia.

Erick Erikson sostiene una teoría de la personalidad que destaca el

¹⁵⁸ HORTON Y HUNT, Op. Cit. p. 166

contexto social en el que ocurre el desarrollo, confiere una función más importante a los factores sociales y culturales. La teoría de Erikson es una explicación psicosocial del crecimiento y del desarrollo del ego (conciencia), sosteniendo que la personalidad está poderosamente influida por múltiples fuerzas sociales, destacando la prevención del producto patológico mediante la producción de cada vez más experiencias sociales.

Pero tal y como lo señalan algunos autores, las funciones de proporcionar afecto y compañía crece en importancia. "La impersonalidad de un mundo predominantemente burocrático y urbano aumenta la importancia de la familia como refugio de comprensión y calor humano. La intimidad que necesitan los seres humanos para mantener su estabilidad personal y en realidad, su salud, se encuentra principalmente en el seno de la familia, cuya limitada dimensión parece aumentar aún más el contenido emocional de las relaciones familiares"¹⁵⁹.

5.5 ANÁLISIS DE LAS CARENCIAS NORMATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR, FRENTE A SUS CARACTERÍSTICAS SOCIOLÓGICAS.

En el desarrollo de este tema, haremos un cuadro comparativo acerca de los derechos que la convención proclama, en relación con las características sociológicas que al menor se le imputan, las cuales fueron señaladas en el capítulo segundo de esta tesis. Además de señalar las características sociológicas, que no han sido plasmadas como normas protectoras para el menor, para después señalar la importancia de éstas y la necesidad de ser plasmadas como derechos de los menores.

¹⁵⁹ Ibidem p. 159.

CONVENCIÓN SO-

BRE LOS DERECHOS

CARACTERÍSTICAS SOCIOLOGICAS

RESULTANDO QUE:

DEL NIÑO

Derecho del menor a asistencia y cuidados especiales. Principio 4 artículo 8	Una función de la familia es la del mantenimiento de los hijos pequeños. La capacidad del menor se encuentra continuamente en crecimiento y se desarrolla en una secuencia ordenada.	No se establecen cuáles son los cuidados y asistencias especiales.
Familia como grupo fundamental de la sociedad. Principio 5	La familia tiene funciones que ningún otra institución podría suplir adecuadamente. Porque aunque el hombre por naturaleza es un ser sociable (que se relaciona naturalmente con su especie), esta actitud es copiada, siendo la familia el primer punto de socialización del cual puede imitar estos comportamientos.	Se presupone que la familia es el grupo fundamental de la sociedad, sin establecer las características sociológicas que hacen de la familia el grupo fundamental de la sociedad.
Se toma a la familia como medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros. Princi-	La familia tiene dos funciones primordiales, la de mantenimiento de los hijos menores y la psicológica, la cual cubre necesidades de afecto y seguridad.	No se establecen las funciones de la familia para que ésta sea considerada el medio natural para el crecimiento y bienestar

pio 5		de sus miembros
Se resalta la necesidad de la familia para el logro del pleno desarrollo de la personalidad del menor así como para asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad. Principios 5 y 6	<p>La personalidad del menor se va conformando en gran parte con las experiencias infantiles.</p> <p>Teoría de los modelos: gran parte de la socialización, cuando se logra, se debe a que los niños imitan el comportamiento de los adultos modelos.</p> <p>Principio básico de la socialización.</p>	No existe una referencia real a las características que logren el desarrollo de la personalidad del menor, ni alguna que haga referencia a la socialización de éste.
Derecho del niño a la adopción y la colocación en hogares de guarda, cuando se encuentren privados de su medio familiar. Principio 10, artículo 20.1	<p>Funciones de la familia, tanto materiales como psicológicas.</p> <p>Los niños se vuelven humanos cuando tienen interacción social continua y rica, de ordinario en un ambiente familiar estrecho.</p>	Se debe resaltar la importancia de la colocación de los menores privados de su medio familiar en otros que suplan correctamente las funciones del mismo.
Derecho del niño a crecer dentro de sus tradiciones y valores culturales para el armonioso desarrollo del ni-	La adquisición de aptitudes valores, destreza y conocimientos aprendidos en su infancia afectan el desarrollo de sus estatus posteriores, por lo tanto, si lo que aprenden no corresponde a	No se establece la importancia de los estatus, papeles y de la socialización del menor, así como la forma en que ésta

ño. Principio 12.	la cultura de dicha sociedad, esto traería problemas a la interacción social del menor.	deba darse para su correcto aprendizaje.
Derecho a la no discriminación. Artículos 2.1 y 2.2	Las personas aprenden a juzgarse a sí mismas, basándose en el modo en que los demás los juzgan.	Este es uno de los elementos del desarrollo de la personalidad del menor, pero no se establece como una de estas características.
Libertad de asociación. Artículo 15.1 y 15.2	La experiencia humana de identidad posee dos elementos, un sentido de identidad influido por su sentido de pertenencia a una familia, y un sentido de separación, de individualización por la participación en diferentes grupos.	Es requisito que el desarrollo del menor implique una cercanía sentimental a la familia, pero al mismo tiempo que lo prepare para una vida independiente, para lo cual interviene la libertad de tener diversas experiencias sociales.
Derecho del menor a tener una familia. Artículo 7.1	Así, los niños se vuelven humanos cuando tienen interacción social continua y rica, de ordinario en un ambiente familiar estrecho. Y por las funciones que desempeña la familia.	No se establece el porqué, ni las funciones de la familia por las que es necesario tenerla.

<p>Derecho del menor a preservar sus relaciones familiares</p> <p>Artículos 8.1 y 10.1</p>	<p>Función afectiva de la familia.</p> <p>Socialización del menor.</p> <p>Necesidad de proximidad física de los miembros de la familia.</p> <p>Carácter duradero de la relación.</p>	<p>Falta establecer las funciones de la familia, las características de la familia y socialización del menor, como elementos importantes para el logro de éstas.</p>
<p>Derecho del menor a una orientación apropiada por parte de su familia, y a ser guiado en el ejercicio de su libertad de conciencia y religión (en su desarrollo cultural). Artículos 5 y 14.2</p>	<p>Teoría conductualista.</p> <p>Teoría de los modelos.</p> <p>La capacidad del menor se encuentra continuamente en crecimiento, la cual se desarrolla en una secuencia ordenada, así estas capacidades deben ser estimuladas en su periodo.</p> <p>La personalidad está fuertemente influida por múltiples fuerzas sociales.</p> <p>Necesidad de una correcta socialización del menor.</p> <p>La relación de paternidad requiere la capacidad de alimentación guía y control.</p>	<p>Otra vez no se establecen las formas de lograr esta orientación, no se dan esquemas lógicos por los cuales lograr los objetivos que se plantea y mucho menos se hace referencia a las posibles características sociológicas que al menor se refieren.</p>
<p>Respeto a la libertad de expresión.</p> <p>Artículos 13.1 y 12.1</p>	<p>Los padres deben conocer las necesidades del desarrollo de los niños y deben ser capaces de apoyar el derecho del niño a la</p>	<p>Me parece muy conveniente el respeto a la libertad de expresión, como un apoyo</p>

	<p>autonomía sin limitar los derechos propios de los padres.</p> <p>Cuarta y quinta etapa en la teoría de Erick Erikson referentes a la Laboriosidad vs. Inferioridad e Identidad vs. Confusión del rol, esto con relación a la autonomía del menor.</p>	<p>a la autonomía de este y a la autoestima, mismos valores que no son considerados ni señalados como punto de desarrollo o de conveniencia.</p>
<p>Respeto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (identidad cultural) artículo 14.1</p>	<p>Los padres deben conocer las necesidades del desarrollo de los menores y deben ser capaces de apoyar el derecho del niño a la autonomía sin limitar los propios derechos y una parte de la autonomía del menor es la libertad de pensamiento y conciencia.</p> <p>Los factores que influyen en el desarrollo de la personalidad son la <u>maduración</u>, el ejercicio y experiencia, la transmisión de la cultura y el equilibrio.</p> <p>Estatus y papeles adquiridos.</p>	<p>Es conveniente establecer, el para qué se otorga el respeto a la libertad de pensamiento y ante quienes tienen esta libertad, si es solamente frente a autoridades o puede ser extendido <i>erga omnes</i>.</p>
<p>Derecho del menor al desarrollo físico y mental. Artículo 5</p>	<p>Algunas de las funciones de la familia son las de protección tanto económica, física como psicológica.</p> <p>Función de mantenimiento de</p>	<p>En relación a las características que requiere el desarrollo, en la columna contigua se mencionan</p>

	<p>los hijos menores.</p> <p>Las personas aprenden a juzgarse a sí mismas basándose en el modo en que los demás las juzgan.</p> <p>Los factores que influyen en el desarrollo de la personalidad son la maduración, el ejercicio y experiencia, la trasmisión de la cultura y el equilibrio.</p> <p>La personalidad esta fuertemente influida por múltiples fuerzas sociales.</p> <p>Discontinuidad incorporada, esto es que las experiencias de socialización de una etapa son de poca utilidad para la siguiente.</p> <p>La familia es un sustento de apoyo emocional.</p> <p>La familia debe responder a cambios internos y externos, por tanto debe ser capaz de transformarse para encarar nuevas circunstancias y problemas sin perder la continuidad, a fin de que proporcione un marco de control y seguridad a sus miembros.</p>	<p>algunas, las cuales la convención no menciona y que podrían ser proclamadas como ideales en los cuales pudiese basarse el mencionado desarrollo físico y mental.</p> <p>E incluso incluir la obligación del Estado a impartir la trasmisión de la forma de conseguir éste fin, ya sea a través de pláticas o de información por algún medio de comunicación.</p>
--	---	---

	<p>La relación de paternidad requiere la capacidad de alimentación, guía y control.</p> <p><i>Los padres deben conocer las necesidades del desarrollo de los niños y deben ser capaces de apoyar el derecho del niño a la autonomía sin limitar los propios derechos.</i></p>	
<p>Derecho a la educación. Artículos 28.1 y 29</p>	<p>Aprendizaje del rol social y posición del status.</p> <p>Interiorización de la cultura a través de la socialización del menor.</p> <p>Las capacidades del menor deben ser continuamente estimuladas en su periodo especial, y dicha estimulación debe ser conocida por las personas que le eduquen.</p> <p>Existe la necesidad del menor de tener una gran cantidad de experiencias sociales.</p> <p>Existen dos aspectos en el aprendizaje del rol, el aprender a cumplir las obligaciones y a exigir los privilegios del rol, adquirir las actitudes sentimientos y expectativas apropiadas al rol.</p>	<p>En los principios que rigen la educación debería establecerse la socialización del menor, la enseñanza de diversidad de estatus y papeles, así como la cultura real y no solamente la ideal.</p>

	<p>El entrenamiento suele ser de forma inconsciente.</p> <p>Necesidad de enseñar las reglas reales del comportamiento social y no solamente las formales.</p> <p>Preparación del niño para desempeñar una gran variedad de roles.</p> <p>Inculcación de hábitos y costumbres como ahorradores de tiempo.</p> <p>La relación de paternidad requiere la capacidad de guía y control.</p>	
Derecho a la vida Artículos 6.1 y 6.2		
Derecho del niño a la seguridad social Artículo 26.		
Derecho del menor a la protección de cualquier forma de abuso y sea físico o mental artículos 9.1, 19.1, 32.1, 34 y 36.	<p>Una de las funciones de la familia es la de protección física y psicológica del menor.</p> <p>Evitar el producto patológico en las diversas etapas del desarrollo de la personalidad del menor, esto es evitar la desconfianza, vergüenza, duda, culpa, inferioridad y confusión del rol o</p>	<p>En este punto observamos que para evitar el abuso mental es necesario un ambiente que evite el producto patológico en las diversas etapas del desarrollo tal como lo plantea Erik-</p>

	<p>papel a través de un correcto encauce del menor.</p> <p>Es necesario evitar la inconsistencia del estatus, esto se da cuando un estatus es incompatible con sus otros estatus, lo cual produce confusión.</p>	<p>son, además de otorgar al menor una familia estrecha en donde este pueda invertir todas sus emociones y sentirse protegido.</p>
<p>Obligación del Estado a la recuperación física y psicológica del menor víctima de cualquier forma de abuso.</p> <p>Artículo 39.</p>		
<p>Derecho del menor a obtener la calidad de refugiado. Artículo 22</p>		
<p>Se establece el interés superior del niño, artículos 3.1, 9.1, 9.3 y 18.1</p>	<p>En el subsistema parental, padres e hijos es necesario: trazar un límite que permita el acceso del niño a ambos padres y al mismo tiempo que lo excluya de las relaciones conyugales; modificación de las relaciones paterno filiales a medida que el niño crece por la necesidad de nuevas</p>	<p>En este punto solo se plantea la importancia del menor de ser primero en atención, cuidado o lo que más le convenga, pero que es lo que le conviene, ante esta duda podrían ser señaladas</p>

	<p>demandas y su satisfacción efectiva.</p> <p>Función de la familia de protección del menor en todos sus aspectos.</p>	<p>algunas de las funciones de la familia, de las características del desarrollo de la personalidad del menor y diversas características sociológicas.</p>
<p>Obligación por parte del Estado de auxiliar a los padres en el desempeño de sus funciones.</p> <p>Artículo 27.3</p>		

Dentro de esta tabla se relacionaron las normas protectoras del menor, además de establecerse su posible correspondencia con las características sociológicas enunciadas en el capítulo segundo.

Esta comparación ayuda a explicar algunas características sociológicas que al menor le corresponde dentro de la convención, pero en su mayoría, estas normas son insuficientes para respetar y mantener las características sociológicas, como veremos a continuación.

En cuanto al menor, se señala que requiere de cuidados y atenciones especiales, pero no se menciona que cuidados son los que requiere, esto es que no se hace referencia a las funciones principales de la familia respecto a sus miembros, como lo serían la función de socialización, la función afectiva o la de protección tanto física como psicológica.

También se establece a la familia como grupo fundamental de la

sociedad, pero no se esclarece el porqué se debe considerar a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y esto es por las funciones que desempeña la familia, o las que debería desempeñar, y esto crea una carencia en la intención de la propia convención.

Se toma a la familia como medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros y el derecho del menor a tener una familia, esto se relaciona con las características sociológicas por las funciones que la familia desempeña, a esto citaremos el estudio hecho en algunos orfanatos por René A. Spits: "Pero el estudio del aislamiento social y de la atención deficiente durante la infancia no se basa en casos extraños de niños hostiles o ferales. Además, se han realizado varios estudios de la vida en los orfanatos, donde se proporciona a los niños poca atención individual, y los resultados indican que los niños criados en orfanatos tienen problemas para aprender el comportamiento normal, aun cuando estén físicamente sanos. En su estudio administró un test de cociente evolutivo a cuatro grupos de niños, de los cuales tres grupos pertenecían a ambientes sociales normales y el otro a un orfanato. En un principio, los cuatro grupos eran semejantes en sus capacidades, pero a medida que pasó el tiempo, los niños del orfanato fueron quedando a la zaga, y llegó un momento en que el retraso fue tal que fácilmente se los podría haber confundido con niños retardados. Así, cuando los demás niños caminan y hablan, los huérfanos no podían mantenerse en pie a solas ni hablaban una sola palabra."¹⁶⁰

Pero se puede hacer la misma crítica a este principio, que al anteriormente enunciado, puesto que realmente no establece porqué la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros y si no sabemos el porqué de esta aseveración, cómo pretendemos que este

¹⁶⁰ BALDRIGES, Op, Cit, p. 126

principio se lleve a cabo.

Se resalta la necesidad de la familia para el logro del pleno desarrollo de la personalidad del menor así como para asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad, como anteriormente se ha mencionado, la familia (por las funciones que desempeña) es el medio idóneo para lograr el pleno desarrollo de la personalidad del menor, pero no se establecen las características enunciadas en el tema de la socialización del menor, ni alguna de las mencionadas en el desarrollo de la personalidad del menor, las cuales no serán mencionadas en este momento por haber sido ya enunciadas en el capítulo segundo de la presente tesis.

Hasta aquí hemos analizado las normas que resaltan la importancia de la familia para el menor, pero no se intenta señalar las características sociológicas que al menor se imputan. Continuaremos ahora con las normas que procuran la socialización del menor y el aprendizaje de estatus y roles del menor.

Derecho del niño a crecer dentro de sus tradiciones y valores culturales para el armonioso desarrollo del niño. Derecho del menor a una orientación apropiada por parte de su familia, y a ser guiado en el ejercicio de su libertad de conciencia y religión (en su desarrollo cultural). Derecho a la educación.

Estos derechos plasman, la necesidad del menor a una socialización adecuada, así como al aprendizaje de los estatus y roles que desempeñará durante su vida, así la familia trasmite al niño, ya sea directamente mediante la enseñanza y el adoctrinamiento, o indirectamente, gracias a los métodos de cuidado y la formación de los niños, el contenido de la socialización o la transmisión de la cultura, pero este tipo de enseñanza en muchas ocasiones es deficiente, lo cual acarrea problemas para el menor, algunos de los problemas que se pueden encontrar en la socialización y el aprendizaje de estatus y roles, los cuales no son contemplados dentro de los

derechos de los niños.

El foco central del proceso de socialización reside en la interiorización de la cultura de la sociedad en que ha nacido el niño, y ésta es obviamente transmitida por la familia como primer eslabón del menor con la sociedad y sus requisitos de comportamiento.

Si la preparación para el rol fuera totalmente adecuada, cada persona desarrollaría una personalidad que armonizara perfectamente con las exigencias de su rol, pero deficiencias en la preparación, además de lo impredecible de las demandas del rol futuro permiten pronosticar con seguridad que muchas personas desarrollarán una personalidad que difiere considerablemente de la pauta de características de personalidad que el rol exige, o sea, de la personalidad según el rol.

Uno de los posibles errores que se pueden encontrar en la educación de los niños es la preparación inadecuada para el rol, lo ideal sería que existiese una continuidad en la socialización, lo cual quiere decir simplemente que las experiencias de cada etapa de la vida son una preparación eficaz para la siguiente etapa. Pero nuestra cultura se caracteriza por discontinuidades incorporadas, que hacen que la experiencia de socialización en cierta edad sea de poca utilidad para la siguiente. Esto, porque la mayor parte del trabajo de los adultos se lleva a cabo lejos de casa, donde los niños no pueden verlo ni participar en él, además de que las funciones del cuidado de la familia son cada vez menos practicadas por los padres, permitiendo que la escuela supla estas funciones.

Muchas familias sólo ofrecen una escasa oportunidad para que el niño aprenda las habilidades, actitudes y recompensas emocionales del manejo de una casa, y de la paternidad y la maternidad, los niños y los adolescentes tienen pocas tareas importantes en la mayor parte de los hogares, además de que los juegos de los niños ya no tienen mucha relación

con las tareas y responsabilidades de los adultos.

Otra deficiencia de nuestro proceso de socialización consiste en que el adiestramiento moral de los niños y las niñas les presenta principalmente las reglas formales del comportamiento social, más que las modificaciones informales de estas reglas que funcionan en el mundo de los adultos. En otras palabras, se les enseña la cultura ideal, no la cultura real.

El resultado es que los jóvenes se vuelven escépticos cuando se dan cuenta de que las máximas de los libros y de aquellas que sus padres les transmitieron no funcionan. Así muchos jóvenes pasan progresivamente de un idealismo ingenuo a un escepticismo ingenuo, sin haber llegado a apreciar los servicios de quienes elaboran compromisos llevaderos con los problemas todavía no resueltos de la sociedad.

Todas estas deficiencias en el desempeño del estatus y papeles, no se encuentran integradas en el texto de la convención, lo cual parece ser una carencia por la importancia de que estos conocimientos sean enseñados primeramente a los padres y éstos los trasmitan a los hijos.

En relación con el desarrollo de la personalidad del menor, la convención resalta la necesidad de la familia para el logro del pleno desarrollo de la personalidad del menor, así como para asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad, el derecho a la no discriminación, la libertad de asociación, el respeto a la libertad de expresión, el derecho del menor a una orientación apropiada por parte de su familia, y el derecho del menor al desarrollo físico y mental.

Los elementos antes citados son importantes para el desarrollo de la personalidad del menor, puesto que cada uno de estos derechos o libertades influyen en el progreso de la personalidad del menor (los cuales fueron relacionados con anterioridad con las características sociológicas), pero éstos no cubren las características o teorías que fueron manejadas en el capítulo segundo.

La persona se ve a sí misma a través de los ojos de los demás.

La interacción social crea gran parte de la personalidad del menor, ya sea a través del lenguaje o expresiones físicas.

La conciencia del niño acerca de la bondad o maldad de los actos es producto de lo que las demás personas creen.

Incluye un instinto nato en cada persona, por el cual puede reaccionar diversamente a los estímulos externos.

Puede ser condicionado el comportamiento mediante la aplicación de recompensas y castigos, por lo cual aprende lo que está bien de lo que no es conveniente.

Los niños imitan los comportamientos de los adultos, sobre todo de su familia.

Prevenir el producto patológico de cada etapa a través de mayores experiencias sociales, esto es, evitar que se caiga en la desconfianza, la vergüenza y duda, la culpa, la inferioridad y la confusión del rol o papel, por un correcto encauce de los menores.

Las capacidades del menor se encuentran continuamente en crecimiento, se desarrollan en una secuencia ordenada, así estas capacidades deben ser estimuladas en su periodo especial.

Los factores que influyen en el desarrollo de la personalidad son la maduración, el ejercicio y experiencia, la trasmisión de la cultura y el equilibrio.

Claro que esto requiere de una instrucción adecuada de las personas que van a llevar a cabo la educación y el cuidado de los menores, pero si lo que se pretende con la presente convención es el desarrollo pleno del menor, tanto física como mentalmente, deben ser contempladas algunas de estas características de alguna manera, no siendo mi propósito establecer, el cómo la legislación debe de incluir estos principios sino mas bien enunciar las carencias que la convención en comento adolece.

CONCLUSIONES

Es necesaria la intervención del Estado en el seno familiar, por la importancia que la familia tiene para el país, ya que de la solidaridad familiar depende en gran medida la solidaridad política, de tal manera que peligraría la existencia misma del Estado si no lo hiciere, y en especial para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los menores.

La concepción moderna de la patria potestad se identifica como una función que ejercen los padres para la protección de sus menores hijos. No siendo como un poder o un cúmulo de derechos sobre los menores, mas bien es una actividad dirigida a realizar un servicio, lo cual comprende el cuidado y protección de los hijos.

Los derechos y obligaciones de los padres con respecto a sus menores hijos son: Convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos, asistencia, educación y suministración de alimentos.

La familia es un grupo social primario, que como tal cumple una diversidad de funciones para sus miembros, pero las funciones básicas de la familia son: la afectiva, regulación sexual, función reproductiva, socialización, de definición de estatus y de protección.

Existen diversas etapas en el desarrollo del menor y de su personalidad, a medida que su edad avanza, la cual se encuentra influida principalmente por múltiples fuerzas sociales, de las cuales la familia es una de las más importantes.

Históricamente el trato al menor ha variado considerablemente a

través de los tiempos, desde el poder absoluto sobre los menores, hasta la actualidad en donde la defensa al menor es una importante preocupación de los Estados, en virtud de ser sujetos que requieren una protección especial, tanto por parte del Estado como por parte de su familia.

Para fines didácticos considero que las principales normas que estableció la Convención Sobre los derechos del niño, pueden ser divididas en 3 bloques:

- Normas que protegen la vida y la integridad física del menor,
- Normas que protegen el normal desarrollo mental del menor y
- Normas que protegen al menor en su grupo familiar.

Dentro de las primeras se encuentran, el derecho del menor a asistencia y cuidados especiales, el derecho a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, derecho al desarrollo físico, derecho a la vida, derecho a la seguridad social, protección contra cualquier forma de abuso físico, obligación del Estado a tomar las medidas necesarias para la recuperación física del menor víctima de cualquier forma de abuso y el derecho a obtener la calidad de refugiado.

En referencia a las segundas podemos enunciar, el derecho del menor a crecer dentro de sus tradiciones y valores culturales para su armonioso desarrollo, derecho a la no discriminación, derecho a recibir una orientación apropiada por parte de su familia y a ser guiado en el ejercicio de su libertad de conciencia y religión, respeto a la libertad de expresión, respeto a la libertad de conciencia y religión (que es parte de la identidad cultural del menor), derecho a tener un desarrollo mental saludable, derecho a la educación, protección contra cualquier forma de abuso mental, obligación del Estado de tomar las medidas necesarias para la recuperación psicológica

el menor víctima de cualquier forma de abuso y el derecho al esparcimiento, al juego y a participar en actividades culturales.

Y por último encontramos las que protegen al menor en su grupo familiar, entre las cuales podemos enunciar, el derecho del menor a tener una familia, el derecho a preservar sus relaciones familiares, la que señala que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en la que se señala que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y se resalta la necesidad de la familia para el logro del pleno desarrollo de la personalidad del menor.

Dentro de las funciones sociales que la familia desempeña, considero que deben ser establecidas dentro de la Convención las funciones afectivas, ya que inmediatamente después de satisfacer las necesidades físicas, las personas necesitamos una respuesta emocional íntima, la cual creará un sentido de pertenencia, necesario para el normal desarrollo de la personalidad.

En lo referente a la educación, la Convención en comento no hace referencia a la obligación que tienen los padres de socializar a sus hijos (transmisión de la cultura), a enseñar a estos el cómo desenvolverse en los distintos roles que tendrán que desempeñar durante su vida, lo cual puede provocar tensión por el desempeño del rol o alguna anomalía en el ejercicio de los papeles que representara durante su vida.

Otras deficiencias en la socialización del menor, pueden presentarse por dificultades para la transición de un papel a otro (de estudiante a trabajador por ejemplo), conflicto entre roles o inconsistencia de estatus (por ejemplo el adolescente que debe ocupar el lugar del hombre de la casa

por la muerte de su padre), fracaso en el desempeño del rol (como sería el menor que fracasa en la escuela) y por último la enseñanza de la cultura ideal y no la real (el flamante abogado que cree que no debe dar dinero en tribunales para que su caso avance). Todas estas representan una incapacidad del menor para cumplir cabalmente con las actividades que le son debidas, por tal motivo soy de la opinión de que estas características, deberían ser consideradas por la Convención Sobre los Derechos del Niño.

La Convención Sobre los Derechos del Niño no hace referencia a las teorías que nos hablan del desarrollo de la personalidad del menor, y soy de la opinión que éstas deberían ser enseñadas a los padres o tutores, lo cual lograría tener un rendimiento óptimo de las facultades de sus hijos o pupilos.

El sistema de parentesco, influye como un agente primario en los procesos de socialización del menor ya que constituye una fuente rica y continua de interacción social. Por tal motivo considero que debería haber una regulación específica para estas relaciones, ya sea impulsando la interacción con el grupo de parientes, cuando esta sea benéfica para el desarrollo del menor o inhibiendo la relación cuando esta resultare perjudicial para él.

La familia constituye un sistema de relaciones, en él cual si algún o algunos de los miembros del sistema cambia, todo éste varía, por lo tanto es necesario que el Estado no solo procure la recuperación psicológica del menor víctima de cualquier forma de abuso, sino además apoye a los demás miembros de la familia, con el fin de lograr una correcta adaptación a los cambios en el sistema, para evitar así la desintegración familiar y disminuir los efectos del estrés sobre el sistema familiar.

Así debemos concluir diciendo que estas propuestas no son ni con mucho un trabajo terminado, sino mas bien un acercamiento al análisis de las carencias normativas de la Convención Sobre los Derechos del Niño, frente a algunas de las características sociológicas y psicológicas que al menor le son imputadas, requiriendo éste un estudio multidisciplinario tanto jurídico, psicológico y sociológico extenso, no solo dentro de las convenciones internacionales que protegen al menor sino incluso en la legislación nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. GONGORA PIMENTEL, Genaro David. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ed. Porrúa, México 1983.
- AGRAMONTE, Roberto D. PRINCIPIOS DE SOCIOLOGIA Ed. Porrúa México 1965.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. ed.11ª Ed. Porrúa, México 1995.
- BALDRIDGE, Victor. SOCIOLOGÍA. Ed. Limusa. México 1979.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar DERECHO FAMILIAR Y SUCESIONES. Ed. Harla México 1990.
- BELLUSCIO, Augusto César. MANUAL DE DERECHO FAMILIAR. Ed De Palma, Argentina.
- BORDA, Guillermo A. TRATADO DE DERECHO CIVIL. FAMILIA. Volumen II, ed. 8ª; Ed. Perrot Argentina 1985.
- BOSSARD, James Herbert. SOCIOLOGÍA DEL DESARROLLO INFANTIL. Ed. Aguilar. España 1969.
- BURGOA, Ignacio. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES. 24ª ed. Ed. Porrúa México 1991.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MEXICANOS. México 1991.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones JURÍDICAS Familiares. ed. 4ª Ed. Porrúa, México 1997.
- La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. ed. 3ª Ed. Porrúa, México 1997.

- DE PINA VARA, DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo I, ed 5ª Ed. Porrúa, México 1980.
- ELY CHINOY. LA SOCIEDAD. Ed. Fondo de cultura económica. México 1968.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. ed. 2ª Ed Porrúa México 1994.
- GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián DERECHO FAMILIAR. ed. 2ª Ed. UNACH, México 1988.
- HOFFMANN ELIZALDE, Roberto. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN EL DERECHO SUCESORIO. Ed. UNAM. México, 1992.
- HORTON, Paul B., HUNT, Chester L. SOCIOLOGÍA. 6ª ed. Ed. McGraw Hill. México 1994.
- IBARROLA, Antonio. DERECHO DE FAMILIA. ed. 2ª Ed. Porrúa, México 1990.
- MARGADANT SPANJAERDT, Guillermo Floris. EL DERECHO PRIVADO ROMANO. ed. 18ª Ed. Esfinge, México 1992.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. ed 5ª Ed. Atlas España. 1970.
- MINUCHI. S. FAMILIAS Y TERAPIA FAMILIAR. 4ª ed., Ed. Gedisa, España 1992 p. 78
- OGBURN, William F. NIMKOFF, Meyer F. SOCIOLOGIA 8ª ed. Ed. Aguilar España 1971.
- PAPALIA Diane E. PSICOLOGÍA. 6ª ed. Ed. McGraw Hill. México 1994¹
- ROCHER, Guy. INTRODUCCIÓN A LA SOCIOLOGÍA GENERAL. 11ª ed. Ed. Herder, España 1990.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. DERECHO DE FAMILIA. Tomo II ed. 8ª Ed Porrúa, México 1993.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de

Familia en México. 2ª ed. Ed. Porrúa, México.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. 4ª ed. Ed. Porrúa. México 1974.

SORENSEN, Max. MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 1973.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. DERECHO DE FAMILIA. Ed Temis, Colombia.

TENA RAMIREZ, Felipe. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. 19ª ed. Ed. Porrúa, México 1983.

UMBARGER, C. TERAPIA FAMILIAR ESTRUCTURAL. 3ª ed., Ed. Amorrorto, Argentina 1987

ZANNONI A., Eduardo. DERECHO CIVIL DERECHO DE FAMILIA. 2ª ed. Ed Astrea Argentina 1984.

LEGISLACIÓN

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
"PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA".

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES
ALIMENTARIAS del 18 de noviembre de 1993.

CONVENCIÓN SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO de Octubre de
1990.

CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE MENORES Y LA
COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL de
1994.

PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN
SALVADOR"

TRATADO SOBRE LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS EN EL
EXTRANJERO. del 29 de Septiembre de 1993.