

CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES

I. DERECHO DEL MENOR. CONCEPTO

Antes de hacer referencia a un concepto de esta disciplina jurídica, precisaremos que su denominación es múltiple, pues se le conoce como derecho tutelar, derecho protector, derecho de los niños, etcétera.

Hemos optado por el de derecho del menor porque engloba un conjunto de normas jurídicas (bilaterales, exteriores, heterónomas y coercibles) relacionadas con los menores de edad (que comprenden niños y niñas menores de dieciocho años de edad) y que abarca todas las conductas que atañen al menor desde el momento mismo de su concepción hasta que alcanza la mayoría de edad; conductas que realiza el propio menor, así como las personas físicas y morales que se encuentran a su cuidado, durante su desarrollo.

Veamos un primer concepto de derecho de menores: “Es un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social”.¹

Del anterior concepto se deriva, entre otras características del derecho de menores, el que es un derecho de naturaleza especial pues se refiere a la porción medular de toda sociedad, sus menores. Agrega que es tutelar, esto es protector de los menores, de mane-

¹ Mendizabal Oses, Luis, *Derecho de menores. Teoría general*, prólogo de Rafael Sajón, Madrid, Ediciones Pirámide, 1977, p. 61.

ra integral, en todas sus manifestaciones conductuales; además de que se señala la concepción como el inicio de su protección, y su mayoría de edad como límite del gran compromiso social.

Un concepto más expresa: “Es una rama del derecho que regula la protección integral del menor, para favorecer en la medida de lo posible el mejor desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores y más favorables condiciones físicas, intelectuales y morales, a la vida normal”.²

Como se aprecia, el autor considera, sin dudar, que nos encontramos frente a una rama del derecho, lo que implica una revisión necesaria de todos los elementos que la conforman.

Podemos afirmar que doctrinalmente se acepta al derecho de menores como una rama autónoma y distinta del derecho civil o del derecho familiar, donde normalmente se le ubica.

II. EL DERECHO DEL MENOR, SU POSIBLE AUTONOMÍA

Recordemos que el derecho tiene una unidad no escindible y que la autonomía de una de sus “ramas” constituye solamente una fase transitoria del desarrollo del derecho,³ con lo que se hace manifiesta su evolución constante. Y la autonomía de una ciencia no implica aislamiento, pues si el derecho se ha dividido en diversas disciplinas es debido a los requerimientos didácticos.

Así, podemos afirmar que el derecho de menores es la manifestación de un nuevo desarrollo del derecho en general.

Ahora bien, acudamos a la teoría clásica de la división del derecho, en sus dos grandes ramas, de derecho público y de derecho privado, para considerar, de ser posible, la ubicación del derecho de menores. Esta doctrina se sintetiza en la conocida expresión de Ulpiano (170-228): *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem*. Esto es, dere-

² Sajón, Rafael, *Nuevo derecho de menores. Colección Desarrollo Social*, Buenos Aires, Editorial Humanitas, 1967, p. 13.

³ *Ibidem*, p. 14.

cho público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; privado, al que concierne a la utilidad de los particulares.⁴

Clasificación que, no obstante las innumerables críticas, subsiste en la actualidad como doctrina generalmente aceptada.

Cabe mencionar que hacia el final del siglo XIX se planteó la necesidad de reestructurar las diversas ramas del derecho, para estar acordes con una nueva realidad social. Por lo que surge el concepto del derecho social, pero no como una rama más del derecho, sino un género que agrupa un número creciente de nuevas ramas jurídicas. Con este planteamiento nos encontramos con que a la división clásica del derecho debemos agregar un nuevo tronco, para quedar el derecho dividido en público, privado y social.

Y es en el derecho social donde sostienen algunos autores, que el derecho de menores se perfila como una rama jurídica independiente, colocado dentro de esa gran sección del derecho.⁵

Pero qué debemos entender por derecho social; al efecto, Lucio Mendieta y Núñez define al derecho social en los siguientes términos: “es el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores a favor de los individuos, grupos o sectores de la sociedad económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo”.⁶

Es digno de mención el concepto tutelar a que se refiere el maestro Mario de la Cueva, quien definió el derecho protector de las mujeres y de los menores, desde luego, desde el punto de vista del derecho del trabajo, como “la suma de normas jurídicas

⁴ García Máýnez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 39a. ed., México, Porrúa, 1988, pp. 131-135.

⁵ García Mendieta, Carmen, “Maltrato de menores”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, t. V: M-P, México, UNAM-Porrúa, 2002, p. 6.

⁶ Mendieta y Núñez, Lucio, *El derecho social*, México, Porrúa, 1953, pp. 66 y 67. Citado por Trueba Urbina, Alberto, *Derecho social mexicano*, México, Porrúa, 1978, p. 307. Respecto a la característica de lo social en el derecho, véase García Ramírez, Sergio, “Lo social en los sistemas jurídicos constitucional e internacional contemporáneos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, año 1, núm. 1, enero-abril de 1968, pp. 119-162.

que tiene por finalidad proteger especialmente la educación, el desarrollo, la salud, la vida y la maternidad, en sus respectivos casos, de los menores y de las mujeres, en cuanto trabajadores”.⁷

Pues bien, la corriente dominante pretende ubicar al derecho de menores dentro de la gran rama del derecho social, y en consecuencia fuera del derecho civil y también del derecho de familia.

Pero veamos cuáles son las características o cualidades que hacen posible determinar que una disciplina jurídica tenga autonomía.

Una vez más acudimos a un especialista del derecho del trabajo —el maestro Guillermo Cabanellas—,⁸ quien argumenta la autonomía de la materia de su especialidad, y sostiene los criterios de autonomía legislativa, científica, didáctica y jurisdiccional, para explicar la autonomía del derecho del trabajo; criterios, que bien podemos utilizar a favor de la autonomía del derecho de menores.

Pues por lo que hace a la autonomía legislativa en materia de menores, contamos con disposiciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Código Civil, aquí incluimos los que rigen en cada uno de los estados de la República mexicana, el del Distrito Federal y el Código Civil Federal, también disponemos de leyes específicas sobre menores y, desde luego, no podemos dejar de mencionar los múltiples tratados que tiene celebrados México. Con la anterior referencia nos percatamos de la existencia de una gran cantidad de disposiciones aplicables a menores.

El criterio de autonomía científica le resulta aplicable al derecho de menores, pues cuenta con una metodología de investigación propia como es análisis del conjunto de normas que se refieren al menor, a su persona y a su patrimonio; los conocimientos,

⁷ Citado por Santos Azuela, Héctor, “Mujeres trabajadoras”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2002, t. V: M-P, p. 159.

⁸ Cabanellas, Guillermo, “Derecho laboral”, *Enciclopedia jurídica OMEBA*, Buenos Aires, 1964, t. VII, pp. 639-746.

así obtenidos, logran la objetividad que se pretende, y no podemos dejar de mencionar las múltiples obras existentes, exclusivamente sobre menores, que pretenden explicar cabalmente las distintas formas de protección de los menores.

La autonomía didáctica se manifiesta en cursos que se imparten en algunos posgrados con la denominación de régimen jurídico del menor, y muy excepcionalmente lo vemos como derecho de menores, dentro del gran universo de los derechos humanos o de los derechos de los grupos minoritarios, lo que hace indispensable su inclusión en el currículo universitario, para ser estudiada como materia independiente de otra disciplina, pues tiene complejidad propia histórica, sociológica y jurídica.

La autonomía jurisdiccional se hace presente en la participación del Poder Judicial en todos los hechos en que un menor pueda encontrarse en situación de peligro o de conflicto social, y con la intervención constante del Ministerio Público, como representante social, interviniendo en trámites donde se ven involucrados menores.

Con lo anterior, esperamos inquietar a las nuevas generaciones al estudio especializado de esta rama del derecho denominada derecho de menores.

III. EL PRIMER CONGRESO NACIONAL SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MENOR

Es importante referirnos a este Congreso, que fue celebrado en la Ciudad de México, D. F., en agosto de 1973, pues dentro de las múltiples ponencias presentadas durante su desarrollo, no faltaron los anteproyectos, proyectos, bases y recomendaciones para la elaboración de un cuerpo legal, que en forma específica, regulara las diversas conductas del menor.

El Congreso contó con las siguientes comisiones de trabajo:

- Primera Comisión: El régimen civil del menor.
- Segunda Comisión: El régimen laboral del menor.
- Tercera Comisión: El régimen educacional del menor.
- Cuarta Comisión: El tratamiento del menor en estado antisocial.
- Quinta Comisión: La previsión, asistencia y seguridad sociales en relación con el menor.

De los trabajos presentados, mencionaremos algunos que específicamente hacen referencia a un cuerpo normativo regulatorio de la conducta del menor, como son:

- Anteproyecto de Código de Protección a la Infancia, del licenciado Luis Araujo Valdivia.⁹
- Bases para la creación de un Código de los Derechos y Deberes del Menor, del doctor Edmundo Escobar Peña-loza.¹⁰
- Recomendaciones para un Código Único de Protección al Menor, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Nuevo León.¹¹
- Proyecto de Ley de Protección al Menor, de la doctora Bertha Beatriz Martínez Garza.¹²
- Código Federal del Menor, del licenciado Conrado Méndez Díaz.¹³
- Proyecto del Código del Menor, del licenciado Fernando Ortega.¹⁴
- Anteproyecto de Código de Protección al Menor, del doctor Raúl Ortiz Urquidí.¹⁵

⁹ Memoria del Congreso A. V., pp. 1-46, vol. 2.

¹⁰ Memoria del Congreso E. P., pp. 1-13, vol. 2.

¹¹ Memoria del Congreso F. D., pp. 1-25, vol. 3.

¹² Memoria del Congreso M. G., pp. 1-40, vol. 1.

¹³ Memoria del Congreso M. D., pp. 1-11, vol. 2.

¹⁴ Memoria del Congreso O. F., pp. 1-76, vol. 3.

¹⁵ Memoria del Congreso O. U., pp. 1-90, vol. 4.

De los títulos de las ponencias citadas nos percatamos que la idea dominante era la de crear un ordenamiento que regulara las diversas conductas del menor. Efectivamente se consideró en ese momento la necesidad de un ordenamiento sistemático y armónico que regulara la conducta de los menores, así como de la participación de las personas físicas que los tienen a su cuidado, como de la participación del Estado, en forma supletoria, según cada caso, y de las instituciones privadas, que de una u otra forma coadyuvan a la formación de los menores.

IV. EL ARTÍCULO 4O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Desde 1980 se estableció en nuestra carta magna como deber de los padres el preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. Aún más, se establecía que sería la ley la que determinaría los apoyos a la protección de los menores, a cargo de instituciones públicas (artículo 4o., *DOF* del 18 de marzo de 1980).

Lo anterior fue la consecuencia lógica de que 1979 había sido declarado como el Año Internacional del Niño, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1976. Con lo anterior se elevaron a rango constitucional los derechos del menor.

Y es con la reforma de 2000 donde nuestro artículo 4o. constitucional consagra, en tres párrafos (sexto, séptimo y octavo), la protección de los derechos del menor, texto que permanece vigente (*DOF* del 7 de abril 2000) en los siguientes términos:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral (párrafo sexto).

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos, el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos (párrafo séptimo).

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez (párrafo octavo).

Lo anterior es por demás significativo, pues la Constitución representa nuestro máximo documento normativo y goza del principio de supremacía dentro de todo el orden jurídico mexicano.

En primer lugar se acentúa la distinción entre niños y niñas; nosotros la englobamos en el concepto de menores; se consagra el derecho que todo menor tiene a la satisfacción de sus necesidades fundamentales, expresadas en cuatro renglones por demás trascendentes a lo largo de su vida: alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

También se precisa que la obligación de preservar los derechos del menor corre a cargo, en primer lugar, de las personas que los tienen a su cuidado, como son ascendientes, tutores o custodios y, en segundo lugar, en ausencia de los primeros será el Estado quien proveerá lo necesario para garantizar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

Esto es, el Estado, como sociedad organizada, hace propicio el cumplimiento de los derechos de la niñez y facilita a los particulares la observancia de los derechos de los menores.

V. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EL DERECHO DEL MENOR

Acudiremos en primer lugar al artículo 133 constitucional, el cual establece el orden jerárquico normativo de nuestro derecho mexicano, al establecer que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados serán la ley suprema de toda la Unión.

En una primera lectura del artículo citado pudiera pensarse que la Constitución, leyes y tratados, al ser todos ellos la ley suprema, debieran encontrarse en un plano de igualdad; esto es, los tres órdenes con la misma jerarquía normativa y con la calidad

de supremos; pero no es así, pues si la leyes deben emanar de la Constitución y los tratados deben estar de acuerdo con la misma resulta que la única suprema es la Constitución, al tener preeminencia respecto de los dos otros órdenes. Pues es la Constitución "...la norma cúspide de todo el orden jurídico...".¹⁶ Ahora bien, respecto a la jerarquía entre leyes y tratados, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un primer criterio, en 1992,¹⁷ estableciendo que las leyes federales y los tratados internacionales tienen la misma jerarquía normativa. Y en 1999¹⁸ abandonó tal tesis, al sostener que los tratados internacionales se ubican jerár-

¹⁶ Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año II, núm. 4, enero-abril de 1969, pp. 3-33.

¹⁷ LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrado por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Tesis P. C/92, Pleno, Octava Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 1992, t. 60, p. 27.

¹⁸ TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federa es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y se aprobadas por un órgano constituido, como lo es el congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema... No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 Constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internaciones en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.

quicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal, con el argumento de que tal interpretación se deriva de que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional.

De acuerdo a lo anterior, podemos afirmar que la Constitución es la ley suprema que en un segundo plano se encuentran los tratados internacionales y en un tercer sitio las leyes federales, todo esto de conformidad con el más reciente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Pues bien, de una primera revisión de diversos instrumentos internacionales, nos hemos percatado que no todos tienen la denominación de “tratado” y, no obstante esto, han seguido el trámite de los de su naturaleza, son celebrados por el titular del Poder Ejecutivo (artículo 89, fracción X), cuentan con la aprobación del Senado (artículo 76, fracción I), con sus correspondientes publicaciones en el *Diario Oficial de la Federación* y, como consecuencia, forman parte del derecho positivo mexicano.

Afortunadamente nuestra Ley sobre la Celebración de tratados (*DOF* del 2 de enero de 1992) salva el inconveniente de la denominación ya apuntado, al establecer:

Artículo 2o. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

I. “Tratado”. El convenio regido por el derecho internacional público, 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.

Con tal sustento legal, podemos afirmar que todo instrumento internacional regido por el derecho internacional público, y

PL. LXXVII99, Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 1999, t. X, p. 46.

que además satisfaga los requerimientos que nuestra Constitución establece, pasa a ser un tratado, de los referidos en nuestro artículo 133 constitucional.

A mayor abundamiento, respecto a la denominación de los diversos instrumentos internacionales, México ya había ratificado (25 de septiembre de 1974) la Convención del Derecho sobre los tratados, adoptada en Viena, el 23 de mayo de 1969 (*DOF* del 14 de febrero de 1975), la cual establecía: “Artículo 2o. Se entiende por tratados un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Además, respecto al fiel cumplimiento de los tratados, podemos citar el artículo 27 de la misma Convención de Viena que establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Con lo que podemos afirmar que se justifica la posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al considerar a los tratados en un segundo plano, únicamente por debajo de la carta fundamental, y por encima de las leyes federales.

Aún más, si se atendiera a la corriente internacional dominante, tendríamos que reconocer, al menos por lo que hace a los tratados sobre derechos humanos, que éstos tuvieran la misma jerarquía que nuestra Constitución.¹⁹

VI. ANTECEDENTES PRÓXIMOS A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO²⁰

Nos referiremos a los antecedentes que sirven de sustento a la Convención sobre los derechos del niño, por ser éste el instrumen-

¹⁹ Méndez Silva, Ricardo, “La celebración de los tratados, genealogía y actualidad constitucional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. I, 2001, pp. 291-322.

²⁰ *DOF* del 25 de enero de 1991.

to internacional de mayor relevancia a nivel mundial, que compendia de manera importante los derechos del menor; que además desde luego tiene plena vigencia en nuestro derecho positivo mexicano.

En forma esquemática, citaremos los documentos de carácter internacional que son mencionados en el Preámbulo de la Convención.

1. *Carta de la Organización de las Naciones Unidas*

Firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945 entró en vigor el 24 de octubre del mismo año, mediante la cual se establece una organización internacional denominada las Naciones Unidas. Con el propósito, entre otros, de realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales 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 la efectividad de tales derechos y libertades.

2. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*

Adoptada en la Resolución del 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Se consagra en esta Declaración los derechos fundamentales de todos los seres humanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

En primer lugar, todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos, y deben comportarse fraternalmente.

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su personal.

También se establece, entre otros derechos, que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques, a una nacionalidad, a casarse y fundar una familia, pues la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad.

3. Declaración de Ginebra de 1924

La Asociación Internacional de Protección a la Infancia promulgó la primera declaración sistemática de los Derechos del Niño, principios que fueron redactados por la pedagoga suiza Englantine Jebb. Tal declaración fue aprobada por la Sociedad de las Naciones en su quinta asamblea el 26 de diciembre de 1924, y también se denomina Declaración o Carta de Ginebra, la cual fue revisada en 1946. Este documento contiene siete principios fundamentales referidos exclusivamente a los niños y desde luego preparados por una especialista en la educación, donde nos percatamos que es fundamental el aspecto pedagógico de las cuestiones relacionadas con los derechos del menor, Por su importancia y brevedad a continuación se transcriben:

I. El niño debe ser protegido excluyendo toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.

II. El niño debe ser ayudado respetando la integridad de la familia.

III. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual.

IV. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos.

V. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

VI. El niño debe disfrutar completamente de las medidas de previsión y seguridad sociales; el niño debe, cuando llegue el momento, ser puesto en condiciones de ganarse la vida, protegiéndole de cualquier explotación.

VI. El niño debe ser educado, inculcándole la convicción de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio del prójimo.

Como se aprecia, la autora de esta declaración se refiere a los niños, pero indudablemente comprende niños y niñas, así que nosotros hemos optado por la denominación de menores. El aspecto educativo es ponderado por la autora pues siempre que nos refiramos a menores, debemos considerar su aspecto educacional, no como únicamente acumulación de información, sino como el propiciar el desarrollo de habilidades y cualidades del ser humano.

4. *Declaración de los Derechos del Niño*

Elaborada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), y adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959. También conocida como Decálogo de los Derechos del Niño.

Se establecen diez principios fundamentales que tienden a la protección, a propiciar cuidados especiales con el fin de que el niño pueda tener una infancia feliz, pues la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle.

En el preámbulo se considera que 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. Se pondera el interés superior del niño, que es el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación.

5. *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*

Aprobado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU. Confirma el derecho a la vida; prohíbe la es-

clavitud y la práctica de tortura; la instigación a la guerra y la propagación de odio racista y religioso. Establece en forma específica que todo niño tiene derecho sin discriminación alguna a medidas de protección: tanto de su familia, como de la sociedad y del Estado, todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre, todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad (artículo 24). Es en este Pacto donde se crea un Comité de Derechos Humanos.

6. Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Establece de manera precisa que se deben conceder especial protección a las madres, antes y después del parto; se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna y se deben proteger contra la explotación económica y social. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado el empleo a sueldo, de mano de obra infantil (artículo 10).

7. Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En esta declaración se proclaman diversos principios, contenidos en las siguientes secciones:

- Bienestar general de la familia y el niño, comprende del artículo 1o. al 9o.
- Colocación en hogares de guarda, del artículo 10 al 12.
- Adopción, del artículo 13 al 24.

De los principios ahí enunciados mencionaremos los siguientes: primero, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres (artículo 3o.); en todo momento el niño deberá tener nombre, nacionalidad y representante legal (artículo 8o.); se establece como objetivo fundamental de la adopción, que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tengan una familia permanente (artículo 13); se establecen reglas para el caso de adopción de menores por extranjeros.

8. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*

Fueron aprobadas en 1985. Para los efectos de estas reglas, se proporcionan conceptos que considero dignos de mención.

Menor es todo niño o joven que con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto. Menor delincuente es todo joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito (2, 2.2. a) c)).

Estas reglas serán objeto de análisis en el capítulo correspondiente al menor infractor.

9. *Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado*

Fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1974. En este documento se consideran actos criminales todas las formas de represión y los tratos crueles e inhumanos hacia las mujeres y los niños, incluidos la reclusión, la tortura, las ejecuciones, las detenciones en masa, los castigos colectivos, la destrucción de viviendas y el desalojo forzoso que comentan los beligerantes en el curso de operaciones militares o en territorios ocupados.

VII. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención establece que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Con excepción de los seres humanos que hayan alcanzado antes la mayoría de edad, a consecuencia de que su régimen legal así lo establezca (artículo 1o.). Es importante aclarar que si algún régimen jurídico establece una edad distinta a la que señala la Convención, se estará a lo que disponga la ley local de que se trate, pues lo que expresa la Convención es una regla general.

Desde luego en este concepto del niño, quedan incluidos niños y niñas, pues comprende todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

Alcance de la Convención. Los Estados partes respetarán los derechos contenidos en la Convención y asegurarán su aplicación (artículo 2.1).

No deben existir formas de discriminación. Los Estados partes tomarán todas las medidas para proteger al niño contra toda forma de discriminación (artículo 2.2.).

Interés superior del niño. Se comprometen los Estados partes a colocar el interés del menor por encima de toda medida adoptada en la que se vean involucrados niños, ya sea que estas decisiones se tomen por instituciones públicas o privadas, por autoridades administrativas, tribunales y órganos legislativos. Argumento que prevalece en todo el texto de la Convención (artículo 3.1).

Derecho a la protección. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño protección y cuidado necesarios para su bienestar, tomando al efecto todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (artículo 3.2).

Derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados partes adoptarán todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos de los niños con los recursos de que dispongan, o cuando fuere necesario, en el marco de la cooperación internacional (artículo 4o.).

Derechos y deberes de los padres. Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, tutores u otras personas encargadas legalmente del niño (artículo 5o.).

Derecho a la vida. Los Estados partes reconocen y garantizan el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño (artículo 6o.).

Derecho al nombre, nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado, por ellos. El niño debe ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, y desde que nace tendrá derecho a un nombre, a una nacionalidad y dentro de lo posible, a conocer a su padres y a ser cuidado por ellos (artículo 7o.).

Derecho a la identidad. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a preservar su identidad. En caso de ser necesario, se proporcionará la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer su identidad (artículo 8o.).

Derecho a no ser separado de los padres. Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos; excepto cuando sea necesario y benéfico para el niño (artículo 9o.).

Derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular (artículos 9.3 y 10.2).

Derecho a salir de cualquier país. Los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país. Conforme con el derecho, estará sujeto solamente a las restricciones legales para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas (artículo 10.2).

No traslado o retención ilícita de niños. Los Estados que forman parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos y retención ilícita de niños al extranjero (artículo 11.1).

Derecho a expresar libremente su opinión. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio y expresar su opinión en todos los asuntos que afecten al niño, considerando su edad y madurez (artículo 12.1).

Derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo. Se le debe dar oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento que afecte al mismo, ya sea directamente o por medio de un representante o de órgano apropiado (artículo 12.2).

Derecho a la libertad de expresión. El niño tiene derecho a la libertad de expresión, derecho que incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras (artículos 13.1 y 12.1).

Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión. Los Estados partes respetarán los derechos del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión, así como los derechos y deberes de los padres, y en su caso de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de tales derechos (artículo 14.1, 2 y 3).

Derecho a la libertad de asociación. Los Estados partes reconocen el derecho a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas (artículo 15.1 y 2).

Derecho al respeto a la vida privada. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o a su reputación (artículo 16.1 y 2).

Derecho al acceso a información y materia procedente de diversas fuentes nacionales e internacionales. En concordancia con este derecho, los Estados partes alentarán la producción y difusión de libros para niños; de materiales que promuevan el bienestar social, espiritual, moral, así como la salud física y la mental. Asimismo, se atenderá a las necesidades lingüísticas del niño, perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena (artículo 17, incisos *a*, *b*, *c*, *d* y *e*).

Derecho a ser criado por los padres. Los Estados garantizarán el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. En su caso, los Estados partes velarán por la creación de instituciones y servicios para el cuidado de los niños. Por lo que se refiere a los niños cuyos padres trabajan, se beneficiarán de lugares de guarda que los Estados partes instalarán (artículo 18).

Derecho a no sufrir perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres o su representante legal. Los Estados partes establecerán programas sociales que proporcionen asistencia al niño y a quienes cuiden de él (artículo 19).

Derecho a ser asistido por el Estado en instituciones adecuadas. Los niños que temporal o permanentemente se vean privados de su medio familiar, o que consideren que ese medio no es el adecuado, disfrutarán de este derecho (artículo 20).

Derecho a ser adoptado. Los Estados partes velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por autoridades competentes y conforme a las leyes, sobre la base de información fidedigna. Reconocerán la adopción en otro país como un medio más para cuidar del niño, procurando en todo tiempo que el interés del niño sea el primordial, y que en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos (artículo 21, incisos *a, b, c, d y e*).

Derecho a obtener el estatuto de refugiado. Los Estados partes proporcionarán la protección y la asistencia humanitaria adecuada para que el niño: sólo, como acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, reciba el apoyo aquí enunciado como en otros instrumentos internacionales (artículo 22).

Derecho a la asistencia para el niño impedido mental o físicamente. Los Estados partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales, con el objeto de que el niño logre integrarse socialmente y logre su desarrollo individual, cultural y espiritual (artículo 23).

Derecho a la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar servicios para el tratamiento de enfermedades y su rehabilitación, así como la atención prenatal y postnatal apropiada a las madres y la atención sanitaria preventiva (artículo 24, 1, 2, 3, y 4).

Derecho del niño internado a examen periódico del tratamiento. Los Estados partes reconocen este derecho (artículo 25).

Derecho a la seguridad social. Los Estados partes reconocen este derecho y adoptarán las medidas necesarias para lograr su plena realización (artículo 26 1 y 2).

Derecho a un nivel de vida adecuado y a pensión alimenticia. A los padres o encargados del niño les incumbe la responsabilidad de proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que son necesarias para el desarrollo del niño. Los Estados partes proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, especialmente con respecto a nutrición, vestuario y vivienda. También asegurarán el pago de la pensión alimenticia, en especial cuando los responsables del niño residan en el extranjero (artículo 27 1, 2, 3, y 4).

Derecho a la educación. Los Estados partes deberán implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos, fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria incluida la enseñanza general y profesional, otorgando asistencia financiera si es necesaria. Hacer accesible a todos la enseñanza profesional. Velarán porque la disciplina escolar se administre con respeto a la dignidad humana del niño (artículo 28 1, 2, y 3). También se establece lo que pudiéramos denominar objetivos que se pretenden con la educación, como son: inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma, de sus valores, el respeto del medio ambiente natural (artículo 29).

Derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. No se le negará a un niño que pertenezca a tales minorías, el derecho que le corresponde a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión o a emplear su propio idioma (artículo 30).

Derecho al descanso, al esparcimiento, al juego y actividades recreativas. Los Estados partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística, recreativa y de esparcimiento (artículo 31 1 y 2).

Derecho a la no explotación económica. Los Estados partes fijarán edades mínimas para trabajar (artículo 32).

Derecho al no uso de estupefacientes y sustancia psicotrópicas. Los Estados partes adoptarán todas las medidas necesarias para proteger a los niños contra el uso de estupefacientes, incluso para impedir que se utilicen a niños en la producción y el tráfico de esas sustancias (artículo 33).

Derecho a ser protegido contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Los Estados partes tomarán todas las medidas que estimen necesarias para impedir la explotación del niño en la prostitución, en espectáculos o materiales pornográficos (artículos 34 y 36).

Derecho a ser protegidos contra el secuestro, la venta o la trata de niños. Los Estados partes tomarán todas las medidas que estime necesarias para impedir cualquiera de estos actos (artículo 35).

Derechos del niño privado de su libertad. A ningún niño se le impondrá la pena capital ni la prisión perpetua. Todo niño será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad humana. Estará separado de los adultos con derecho a mantener contacto con su familia; tendrá derecho a asistencia jurídica (artículo 37).

Derecho a no participar en conflictos armados. Los niños que no hayan cumplido 15 años de edad, no participarán directamente en hostilidades. Los Estados partes asegurarán la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado (artículo 38).

Derecho a ser rehabilitado. Los Estados partes adoptarán las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica para la reintegración social de todo niño que haya sido víctima de abandono, explotación, abuso, tortura o de otra forma de trato cruel o degradante (artículo 39).

Derechos del menor infractor. Todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales tendrá derecho a ser tratado de manera acorde con su dignidad, siempre que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos, tomando en cuenta su edad y pensando siempre en su reintegración a la sociedad. Se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; será informado sin demora y directamente o por medio de sus padres o representantes legales de los cargos que pesan sobre él; en presencia de un asesor jurídico, siempre en beneficio del niño, no será obligado a prestar testimonio o declararse culpable. En su caso contará con asistencia gratuita de un intérprete; se respetará plenamente su vida privada. Se dispondrán de diversas medidas de apoyo como libertad vigilada, colocación en hogares de guarda programas de enseñanza y formación profesional, así como otras alternativas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar (artículo 40).

1. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000*

Con la intención de asegurar el mejor logro de los propósitos de la Convención sobre los derechos del niño y ampliar las medidas que deben adoptar los Estados partes, a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, es que surge este protocolo facultativo.

Los Estados partes prohibirán la venta de niños, prostitución infantil y la pornografía infantil (artículo 1o.).

Para los efectos del protocolo, por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud de la cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cam-

bio de remuneración o de cualquier otra retribución; por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales (artículo 2o., incisos *a*, *b* y *c*).

Los Estados partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en toda las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente protocolo (artículo 8o.).

A su vez, adoptarán, reforzarán, aplicarán y darán publicidad a las leyes, las medidas administrativas, las políticas y los programas sociales, destinados a la prevención de los delitos a que se refiere este protocolo (artículo 9o.).

Asimismo, adoptarán todas las medidas necesarias para fortalecer la cooperación internacional mediante acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales, para la prevención, la detección, la investigación el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de actos de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o el turismo sexual (artículo 10 1.), y promoverán la cooperación internacional en la ayuda de los niños víctimas a los fines de su recuperación física y psicológica, reintegración social y repatriación (artículo 10).

2. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000

Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de dieciocho años participe directamente en hostilidades (artículo 1o.).

A su vez, velarán porque no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de dieciocho años (artículo 2o.).

Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de dieciocho años. Se adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas (artículo 4 1 y 2).

Los Estados partes cooperarán en la aplicación del presente protocolo, en particular en la prevención de cualquier actividad contraria al mismo y la rehabilitación y reintegración social de las personas que sean víctimas de actos contrarios al presente protocolo, entre otras mediante la cooperación técnica y la asistencia financiera (artículo 7 1).