

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT
UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO



**"REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES EN JUICIO,
A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO"**

T E S I S

Que para obtener el grado de:

Maestra en Derecho Civil – Mercantil

Presenta:

Lic. Gabriela Monserrat Romero Bravo

Directora de Tesis:

Mtra. Rocío Victoria Alejandra Flores Velázquez

TESIS DE MAESTRÍA

**"REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES EN JUICIO,
A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO"**

Con especial agradecimiento para mis papás, a quienes con este logro quiero devolver un poco de lo que me han dado, por ser los responsables de que pudiera lograr mis metas, por motivarme y reconfortarme cuando sentía que el camino se complicaba, pero sobre todo por siempre impulsarme a continuar mis proyectos.

Agradezco a todas las personas que de alguna manera me acompañaron y ayudaron a cumplir esta meta, principalmente a mis padres a quien dedico mi documento de tesis, a mis jefes y compañeros de trabajo que me permitieron y auxiliaron en el desarrollo de la misma, a mi familia que jamás me ha dejado sola, a mis amigos que siempre me alentaron, a mis maestros, a mi Directora de Tesis la Mtra. Rocío Victoria Alejandra Flores Velázquez, a mi alma máter la Universidad Autónoma de Nayarit, a la Unidad Académica de Derecho y especialmente a la Lic. María Guadalupe Martínez Castañeda responsable de mi amor por el Derecho Familiar y al Doctor Adrián Mancera Cota quien en todo momento estuvo para orientarme como maestro y amigo.

RESUMEN

Si bien desde la Declaración de Ginebra de 1924¹ aprobada por la Sociedad de las Naciones Unidas en su quinta asamblea y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se reconoce que los niños tienen derecho a cuidados y asistencias especiales, es en la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1386 (XIV) de fecha 20 de noviembre de 1959, que encontramos la referencia específica que señala que además de gozar de protección especial, el interés del niño debe ser la consideración fundamental al promulgar las leyes que tengan como fin brindar oportunidades para su desarrollo físico, mental, moral y espiritual, así como ser el principio rector para quienes tienen la responsabilidad de su educación, orientación y representación.

En el presente documento de investigación, se evidencia que la designación de tutor como representantes a favor de menores involucrados en conflictos jurisdiccionales, es una práctica cotidiana en los juzgados de primera instancia, en la que tendría que ser considerado inexcusablemente el Interés Superior del Niño, para lograr una adecuada representación de los menores en juicio, ello en atención a la Convención sobre los Derechos de Niño, que marca que en todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, deberán al momento de tomar cualquier determinación en

¹ La Declaración de Ginebra de 1924, fue resultado de los trabajos de Eglantine Jebb y de Save the Children International. Los cinco principios rectores de la Declaración de Ginebra son: Dar carácter prioritario al derecho de la infancia de disponer de los medios necesarios para alcanzar el desarrollo material y espiritual; ayudar a los niños y niñas hambrientos, enfermos, discapacitados, huérfanos o en contacto con la ley; prestar asistencia prioritaria en tiempos de peligro; proteger a los niños y niñas contra la explotación, y ofrecerles una educación orientada a la vida en sociedad.

asuntos en los que se ven involucrados derechos inherentes a su condición, realizar una consideración primordial de este principio.

A lo largo del documento de tesis, y conforme se vaya dando lectura a su contenido, será posible para el lector colegir, que la vía para conseguir la protección eficaz de los derechos de los menores que se ven forzados a participar en controversias del orden familiar, es la tutela efectiva de sus derechos, a través de la consideración del Interés Superior del Niño en la designación de tutores, entendidos como instituciones públicas especializadas en la protección y defensa de sus derechos, en la concepción de órganos jurisdiccionales restrictivos y de consejos de tutela encargados de vigilar y brindar información.

INDICE

I. INTRODUCCIÓN

- A. Justificación
- B. Planteamiento del Problema
- C. Pregunta de Investigación
- D. Objetivo General
- E. Objetivos Particulares
- F. Hipótesis

II. MARCO TEÓRICO

III. MARCO CONTEXTUAL

IV. METODO DE TRABAJO

V. CAPITULADO

CAPITULO PRIMERO

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Interés Superior de Niño.....	1
A. Nociones Preliminares	1
B. Definición	3
C. Antecedentes	11
a. Declaración o carta de Ginebra, 1934	12
b. Tabla de los Derechos del Niño, Uruguay, 1927	14
c. Declaración de Oportunidades para el Niño, 1942	15
d. Carta de la Unión Internacional de Protección a la Infancia, 1948	16
e. Declaración de los Derechos del Niño, 1959	16
f. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 1979	18
g. Carta Latinoamericana sobre los Derechos del Niño, 1988	18

h.	Convención sobre los Derechos del Niño, 1989	19
i.	¹ Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 1990	20
j.	Cumbres Iberoamericanas, 1991-2003	21
D.	Características	21
a.	Derecho de Primera Generación	22
b.	Rector – Guía	23
c.	In Dubio Pro Homine	23
d.	Multifactorial	24
e.	Interpretativo	25
f.	Llena los Vacíos Legales	25
g.	Es Prioridad de las Políticas Públicas	25
h.	Reviste Especial Gravedad en caso de Violencia	26
E.	Alcance Jurídico	27

CAPITULO SEGUNDO DE LA TUTELA

De la Tutela	34
A. Definición	34
B. Marco Jurídico	41
a. Orden Jurídico Internacional	42
1. Convención sobre los Derechos del Niño	46
b. Orden Jurídico Interno	49
1. Ámbito Federal	51
2. Ámbito Local	51
C. Objeto	51
D. Sujetos	54
a. ¹ Tutelado o Pupilo	54
b. Órganos de la Tutela	55
1. El Tutor	55

2 El Curador	56
3 El Juez de lo Familiar	57
c. Consejos de Tutela Locales	58

CAPITULO TERCERO DE LA REPRESENTACIÓN

De la Representación	62
A. Representación	64
a. Representación Voluntaria	66
b. Representación Legal	66
B. La Representación por parte de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia	68
a. Antecedentes	68
b. Obligaciones	72
c. Generalidades	73

VI. CONCLUSIONES

.....	74
-------	----

VII. FUENTES DE CONSULTA

A. Bibliografía	78
B. Internet	82
C. Jurisprudencia	84
D. Normatividad	85

VIII. ANEXOS

A. Encuestas y Resultados	87
---------------------------------	----

I. INTRODUCCIÓN

A. Justificación

Es una realidad, que ningún gobierno genera plenitud en cuanto al bienestar social para sus gobernados, si no brinda a todos los habitantes de su territorio, un escenario equitativo, en donde la procuración de justicia, la representación y salvaguarda de los derechos esté garantizada.

Recientemente se aprobó la reforma constitucional en derechos humanos², que reconoce que todas las personas son titulares de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, es entonces que los estudiosos de las disciplinas jurídicas, tenemos el compromiso y responsabilidad profesional, de contribuir en el desarrollo del Estado Mexicano, auxiliando y reconociendo la gran necesidad que representa el construir un panorama de tutela del menor, en donde los derechos de la infancia estén vinculados con el acceso a la justicia, y en consecuencia que principios como el Interés Superior del Niño, pasen de ser una omnimoda doctrinal, a una institución jurídica como herramienta de ayuda en materia de derechos humanos, entendida como un ente de protección y defensa para un sector comúnmente vulnerado en sus derechos dentro de un juicio, lo que implica que los órganos que integran el Poder Judicial y en concreto las personas que tienen a su cargo la impartición de justicia, estén capacitados para garantizar el respeto de los derechos de los menores.

El Interés Superior del Niño, cuya protección tendría que ser prioritaria en el sistema jurídico mexicano, permite delimitar con precisión y claridad los derechos

² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Junio de 2011, mediante la cual se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y reformó diversos artículos de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en materia de derechos humanos.

y obligaciones que corresponden a las personas adultas en relación con los niños, para lo cual se privilegia el deber de atenderlos y cuidarlos, con el objeto permanente de alcanzar el mayor bienestar y beneficios posibles para ellos, como un imperativo de la sociedad, e incluso como un elemento de convicción en el ánimo del juzgador al momento de resolver, ello con la intención de evitar que una vez más en nuestro país se minimice la necesidad de los que tienen incapacidad natural, puesto que resulta frecuente ver en los juzgados familiares, que los menores de edad, no vean adecuadamente tutelados sus derechos.

Un grado mínimo de especialización para lograr una intervención efectiva y una adecuada valoración de la participación infantil, son dos requisitos indispensables para hacer cierta la garantía de acceso a la justicia del menor. El logro de ambos elementos demanda una actuación de quienes imparten justicia acorde con el respeto de determinados principios y el impulso de ciertas prácticas en cada una de las etapas del proceso de justicia³, sin embargo ante la ausencia de una figura eficaz, que represente y tutele los derechos de menores, no obstante la existencia de los Consejos de Tutela y del trabajo que realiza la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, nos encontramos en un escenario en el que resulta imposible garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes.

B. Planteamiento Del Problema

En asuntos relativos a controversia del orden familiar, en los que por no existir un acuerdo entre las partes, ordinariamente son resueltos por el Juez de lo Familiar, quien invariablemente goza de un margen de libertad considerable para determinar a la luz de las particularidades del caso concreto lo que considere más

³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, México, D.F. Segunda Edición, Marzo de 2012 Pág. 05.

conveniente, con frecuencia se desatienden principios generales al encontrarse las partes en una franca colisión de derechos.

Comúnmente en los modelos procesales actuales, los menores son considerados seres incompletos, incapaces en muchos sentidos e imputables que deben ser objeto de protección, pero no sujetos de derecho, sin embargo es claro que la edad no puede ser argumento que se utilice para justificar la limitación o negación de los derechos humanos de la infancia, pues al ser los menores sujetos plenos de derecho, deben ser asumidas sus capacidades jurídicas; la aproximación a los problemas de los menores obliga a replantear los mecanismos de resolución de las disputas familiares en los que de manera habitual se pasa por alto el Interés Superior del Niño, pues tal parece se ha olvidado considerar que la protección a los menores se ubica incluso por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos, con lo cual se cumple una trascendente función de orden público e interés social.

No resulta extraño encontrar dentro de los procesos familiares, que el menor este imposibilitado para hacer valer sus derechos no solo ante sus padres sino incluso ante terceros, y si bien su minoría de edad lo limita para participar activamente dentro de la prosecución judicial, la ley ha previsto formas de protección de sus derechos, para los cuales es necesario que los actos en que los menores intervengan se realicen en su nombre por una persona capaz que los represente; es decir que dicha incapacidad de ejercicio no implica que estén exentos de ser tutelados dentro del juicio, si bien no por sus progenitores que se encuentran en disputa, si por el Juez de lo familiar quien tiene el deber de ponderar la preferencia del interés del menor en relación con otros principios constitucionales en atención al caso preciso, lo que técnicamente constituye un instrumento de protección del Estado hacia el menor; al respecto debe considerarse que la reforma constitucional en derechos humanos coloca por encima de las leyes locales los tratados internacionales, lo que significa que las primeras debieran ser congruentes con los segundos. De esa forma lo que

contravenga lo reconocido en los tratados deberá ser modificado en aras de ser congruente con aquellos.

Lo anterior nos lleva al concepto de Interés Jurídico, que en estricto sentido, se ha definido como la necesidad de obtener la ventaja protegida por la ley mediante los órganos jurisdiccionales del Estado, de modo que sin la intervención de éstos, sufriría un daño el titular del derecho, es decir, es la posibilidad de acudir a los tribunales para obtener de ellos una tutela jurídica, mediante la sentencia que se pronuncie.

Ahora bien, si la ley y la doctrina se han ocupado extensamente de velar porque cualquier persona pueda acudir ante los tribunales a fin de obtener la protección o satisfacción de su derecho con el propósito de evitarle cualquier daño o perjuicio en su esfera jurídica, es indiscutible que, cuando en una controversia judicial se encuentra involucrado el interés jurídico de un menor, éste adquiere una remarcable preeminencia; bajo este contexto, se hizo menester amparar en Instrumentos Jurídicos Internacionales, como en las leyes internas de los Estados, el Interés Superior de la Infancia, a fin de obligar tanto a los particulares como a toda clase de autoridades a respetar y velar por el bienestar de los menores más allá del sistema jurídico positivo imperante en una Nación.

Así,³ encontramos que México suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño⁴, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el 19 de Junio de 1990, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de Julio del año citado, y ratificado por el Estado Mexicano el 21 de septiembre de 1990, cuya observancia es obligatoria, y sus ideas doctrinarias nutren tanto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, como a la Legislación Civil y Procesal Civil para el Estado de Nayarit, y en que sus diversas

³ Tratado internacional aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990 y publicado en el Diario de la Federación el 25 de Enero de 1991.

disposiciones se establece que el juez resolverá primordialmente tomando en cuenta el interés superior de éstos, escuchando su opinión, ponderando las circunstancias planteadas en cada caso concreto y allegándose en forma oficiosa de todos aquellos elementos que sean necesarios para establecer lo que sea mejor para el bienestar del menor.

No obstante lo anterior, es innegable la existencia de un conflicto que radica esencialmente en el hecho de que, la representación y tutela del Interés Superior del menor en los Procedimientos Judiciales de carácter Familiar ha pasado a segundo plano, empero la existencia de cuerpos normativos diseñados con el objeto de garantizar a los infantes la tutela y respeto a sus derechos, de Procuradores de la Defensa del Menor y la Familia o de figuras jurídicas arbitrariamente olvidadas como el Consejo de Tutela, ello en virtud de que el juzgador continua concibiendo la naturaleza de sus funciones como algo estrictamente jurisdiccional, siendo sus pesquisas limitadas por derechos individuales de todos los implicados en el proceso.

C. Pregunta

En el modelo tutelar actual que ha impregnado la legislación civil tradicional, en la que los menores son objeto de protección pero no son sujetos de derecho, ¿Resulta necesario considerar el Interés Superior del Niño, para la resolución de controversias del orden familiar, con la intención de lograr una adecuada representación de los menores en juicio, y tutelar los derechos inherentes a su minoría de edad y así conseguir una íntegra salvaguarda de sus derechos?

D. Objetivo General

1. Lograr vislumbrar las deficiencias procesales y necesidades de que la representación de menores en los juicios de carácter familiar, se realice en estricto apego al interés superior del niño.

E. Objetivos Particulares

1. Realizar un estudio de cómo se efectúa en la práctica cotidiana de un juicio de carácter familiar, la representación de menores.
2. Identificar sobre quien o quienes recaen en el juicio, el cargo de representante del menor (Tutor - Curador).
3. Poner en claro cuáles son los fundamentos o motivos que conducen al juez a designar a esos tutores.
4. Documentar como actúa el Tutor, dentro del juicio (Aciertos, Faltas, Omisiones, Atribuciones).
5. Colegir en que radica la necesidad de la designación de un tutor a favor de los menores.

F. Hipótesis

Para garantizar la protección integral de los derechos de los menores en juicio, los juzgados de Primera Instancia especializados en materia Familiar en el Estado de Nayarit, deben considerar el Interés Superior del Niño desde el momento de nombrarles representante a su favor.

II. MARCO TEÓRICO

El Estado de Nayarit se constituyó como Entidad Federativa al mismo tiempo en que fue publicada y entro en vigor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 5 de febrero que fue promulgada y el 1º de mayo de 1917 que entro en vigor, ya que dos artículos de esta carta magna, el 43 y el 47, se refieren explícitamente a este nuestro territorio estatal.

Con este carácter, poco más de un mes después, precisamente el 22 de Septiembre, Ferreira emitió un decreto convocando a la elección de diputados y de Gobernador del Estado, eligiendo así los primeros integrantes del Congreso Constituyente, y la Primera Legislatura Local.

Hasta llegar a lo que conocemos hoy como el Legislativo de nuestro Estado, un poder legislativo que se deposita en una Asamblea denominada Congreso del Estado e integrado por el número de diputados que dispone la Constitución Local y la Ley Electoral del Estado de Nayarit, mismos que pugnarán por el establecimiento de un orden social justo, fundado en el estado de derecho a través de la expedición de leyes, decretos y acuerdos.

A lo largo de su legislatura se han estudiado diversas iniciativas de ley, que con el tiempo han pasado a formar parte de los dispositivos jurídicos de Nayarit, y se han realizado modificaciones y reformas dirigidas a lograr que la legislación de nuestro estado esté a la vanguardia en cuanto a los derechos consagrados en nuestra Carta Magna.

Uno de esos derechos lo encontramos enmarcado en el artículo 4º Constitucional, mismo que es claro al señalar que "...en todas las decisiones y actuaciones del estado se velara y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena los derechos de los niños y las niñas...", por lo que en atención a esta premisa constitucional, resulta obligatorio aplicar en la resolución de conflictos en lo que se ven involucrados menores el Interés Superior del Niño.

III. MARCO CONTEXTUAL.

El universo de trabajo que se ha seleccionado para llevar a cabo la presente investigación es el judicial, social y la normativa convencional, mi escenario de estudio será específicamente los tres juzgados familiar de primera instancia en la ciudad de Tepic, Nayarit, con la intención de indagar sobre una problemática que diariamente se genera en los Juzgados Familiares, así como todo aquel cuerpo normativo que contemple la salvaguarda de los derechos de los menores de edad, ello con el objeto de encontrar soluciones o respuestas que puedan aplicarse de manera inmediata, para beneficiar a los menores dentro de juicio; es decir mi universo de trabajo se enfocará directamente en los juicios en los que existe la necesidad de que los menores sean sujetos de una representación a luz del interés superior del niño.

IV. MÉTODO DE TRABAJO

En el presente documento de tesis, se lleva a cabo una Investigación Aplicada, cuya intención es evidenciar la problemática que existe en relación a la salvaguarda de los derechos de menores involucrados en controversias judiciales, y por consecuencia responder a las preguntas o contrariedades concretas que se desprenden de ello, con el objeto de que sirva como punto de partida, proporcionando información para el planteamiento de nuevas líneas de investigación del Interés Superior del Niño, y para el desarrollo de formas más adecuadas de solución que puedan aplicarse de manera inmediata y que resuelvan de una vez por todas la problemática inherente a la no aplicación del interés superior del menor en la representación de los menores en juicio.

Consecuentemente para el desarrollo de este trabajo de investigación, se utilizó una confederación de Métodos de Investigación, como en la especie lo son el Método Histórico, vinculando el conocimiento de las distintas etapas cronológicas del Interés Superior de Niño, para entender la evolución y desarrollo del mismo, y conocer las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas que dieron origen a los tratados Internacionales y demás

cuerpos normativos que velan el cuidado y protección de los menores; Método Deductivo, atendiendo el proceso que inicia con la observancia de un fenómeno general como lo es el Interés Superior de Niño, con el propósito de señalar las verdades particulares contenidas explícitamente en la aplicación de éste respecto a la representación de menores en juicio; Método Descriptivo, al describir las características más importantes del Interés Superior del Niño, de la Tutela y de la Representación, así como su aplicación, ámbito de acción y resultados, teniendo como punto de partida el Derecho Internacional, recorriendo el marco constitucional mexicano del mismo, para culminar con las legislación locales y las condiciones actuales de los procesos jurisdiccionales en el Estado dentro de los Juzgados Familiares; Método Exploratorio, con la intención de examinar la representación de los menores en juicio a la luz del Interés Superior de Niño, por ser un tema o problema de investigación poco estudiado, en el entendido de que habrá lugar a desarrollar y evaluar las condiciones de la tutela y representación de los menores, teniendo como campo de acción los Juzgados Familiares, lugar en el que de manera cotidiana se debe preponderar el derecho de los menores sobre el de los adultos atendiendo al multicitado Interés Superior del Menor, con la intención de evidenciar lo importante que resulta garantizar en la resolución de conflictos del orden familiar la aplicación de este precepto constitucional.

Por lo que se tomará en cuenta técnicas de investigación, documentales, telemáticas, así como de campo en la cuantificación y cualificación de los datos estadísticos que se generan en los juzgados de primera instancia del ramo familiar en atención al número de asuntos en los que ha resultado indispensable la aplicación del Interés Superior del Niño por estar los derechos del menor en choque con los derechos de un tercero dentro del juicio; además también, dar seguimiento y conformar una base informativa, para generar continuidad durante y posterior el desarrollo de este trabajo, del estado que guardan los juicios en los que se han aplicado oficiosamente o incluso a petición de parte el interés superior del menor, ello en busca de obtener resultados veraces y concretos que ayuden a comprobar o bien desvirtuar mi hipótesis.

V. CAPITULADO

CAPITULO PRIMERO

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

A. Nociones Preliminares

En vista de las tendencias globalizadoras en las que actualmente nos desarrollamos e interactuamos, México y por supuesto Nayarit de ninguna forma han podido eximirse de la influencia de esas propensiones transformadoras en materia de Derechos Fundamentales, entre otras muchas motivos, debido a que nuestra nación es parte de Tratados Internacionales que al amparo de lo pactado en ellos, obligan a darles puntual cumplimiento; en el entendido de que algunos de dichos acuerdos inciden llanamente en una realidad punzante, que no solo no podemos, sino que no debemos eludir, tal es el caso del evidente menosprecio de la representación de los menores dentro de los procedimiento de carácter familiar.

En ésta tesitura, se aborda cada vez con mayor familiaridad al "Interés Superior del Menor o De La Infancia", e incluso se legisla en pro de instrumentos jurídicos relacionados, es tema de discursos políticos, se crean dependencias o instituciones administrativas que poseen correspondencia directa con este concepto y a favor de esta causa; en virtud de la función que desempeñamos los estudiosos del derecho en la sociedad, debemos cada día estar más comprometidos para recapacitar minuciosamente acerca del tema y operar en consecuencias, principalmente porque dentro de nuestras labores profesionales diariamente resulta posible coincidir con asuntos en donde pudiese existir colisión entre derechos fundamentales de menores y derechos fundamentales de adultos, como en la especie lo es, la conservación, suspensión o pérdida de la patria potestad, divorcio, sucesiones, alimentos, custodia, régimen de visitas, reconocimiento de paternidad, adopción, tutela, y demás instituciones jurídicas relacionadas con esta cuestión.

Si bien el Interés Superior del Niño no es de reciente creación, a estas alturas hablar de esta figura jurídica, aun genera escozor entre los juristas garantistas que, no obstante consideran benéfica y necesaria su existencia en pro de niños y adolescentes; tal y como lo señala Juan Pablo Cabrera Vélez, a la fecha no han logrado aceptar del todo la presencia de un derecho que despliegue un fin más preciso en cuanto a su utilidad sobre otros de menor bondad, prueba de ello es el hecho de que se debate aun sobre la correcta denominación de este principio, en primer término se critica que al hablar de Interés Superior del "Niño" se limita, por referirse al ser humano que se halla en un periodo comprendido entre el nacimiento y la adolescencia, y en el entendido de que la edad para ser considerado adulto al menos en nuestro país son los 18 años, se puede entrever que también los adolescentes se suman a la directriz, pese a ser un grupo que por sus diferencias de edad y necesidades no pueden ser ya considerados como niños; en tal sentido usar el término Interés Superior del "Niño" denota un evidente error lingüístico, ya que niño y adolescente son dos palabras enteramente distintas, con la que se identifica a dos diferentes etapas del crecimiento humano⁵; en segundo término las críticas incitan a estructurar la terminología como: "Mejor Interés del Niño, en tanto que la denominación "mejor", se deduce como la toma de una decisión más prudente para el menor que se encuentre frente a una eventualidad, de entre los juristas que consideran que esta terminología lingüística observa mayor correspondencia se encuentra Dutto, que aporta la siguiente idea:

"...sería más ajustado hacer mención al "mejor interés del niño", tal como lo han señalado Roggiano y Zaldarriaga, pues no siempre el superior interés de un niño puede ser el mejor..."⁶

Por lo que de tales precisiones, y en consideración de la opinión vertida por distintos estudios del derecho, se colige que usar la calificación "Mejor Interés del

⁵ Cabrera Vélez, Juan Pablo, *Interés Superior del Niño*, Quito, Ecuador. Editorial Cevallos Editora Jurídica, Enero de 2011. Pág. 21.

⁶ Dutto, Ricardo J. *El mejor interés del niño, la Constitución nacional y la Jurisprudencia*, Buenos Aires, Argentina, Revista Zeuz. t. 72, N° 55.30. 1996.

Menor", es mucho más adecuado, sin embargo, no obstante lo señalado en líneas anteriores, en el contenido de este documento se utilizara la denominación Interés Superior del Niño, ello debido a que Internacionalmente en todos los documentos relacionados con el tema, e incluso en los Tratados Internacionales de los cuales la Nación Mexicana se ha adherido, utiliza única y explícitamente la denominación gramatical: "Interés Superior del Niño".

En vista de lo anterior, surge mi motivación para llegar al exacto conocimiento de lo que representa el "Interés Superior del Niño" y cuál es su alcance jurídico, para lo cual antes de continuar me permito citar a la Catedrática Argentina Inés Mónica Weinberg Roca, quien al hablar del principal objetivo que persigue la existencia del Interés Superior del Niño, aduce:

*"...obliga a los órganos de aplicación de la Convención, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima tarea de "descubrir" qué curso de acción llevará la defensa del Interés Superior del Niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resulta obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese "descubrimiento" de qué es lo que mejor resguarda el Interés Superior del Niño"*⁷

B. Definición

Al continuar el análisis del tema que nos ocupa y antes de definir el Interés Superior del Niño, resulta apropiado previamente abordar el concepto o significado de lo que es persona en Derecho. Sobre este particular, tanto la Legislación Civil Federal en su Artículo 22, como la Legislación Civil para el Estado de Nayarit en el Artículo 23, nos dicen, que se considerará persona física aquella que encuadra en el

⁷ Weinberg, Inés M., *Convención sobre los Derechos del Niño*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubizal-Culzoni Editores, 2004 pág. 101.

supuesto de tener, la capacidad que se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, señalando que 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 dicho código; en estos cuerpos normativos encontramos que, la minoría de edad es una incapacidad establecida por la ley y constituye una restricción a la capacidad jurídica, no obstante ello los que se encuentran en esta condición, pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes.

De lo anterior se concluye que, toda persona desde su nacimiento y hasta su muerte, posee capacidad; en decir que todo sujeto de derecho tiene capacidad jurídica, la cual puede ser total o parcial, es decir, contar con la capacidad de goce considerada como la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones⁸, y carecer de la capacidad de ejercicio que supone la posibilidad jurídica del sujeto de hacer valer sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar actividades ante los tribunales.⁹

Como se ha exaltado, la minoría edad ha sido considerada una incapacidad inherente a la naturaleza humana, por lo cual no necesita probarse que el menor carece de la experiencia e inteligencia necesaria para conducirse por sí solo, de manera que el legislador ha previsto formas de resguardo de sus derechos y por ello es necesario que los actos en que los menores estén involucrados, se realicen en su nombre por una persona capaz que lo represente, constituyendo dicha prerrogativa un instrumento de protección del Estado hacia el menor.

Es bien sabido que en el año 2011, se reformó el artículo 4º Constitucional, numeral relativo al menor y la familia, dentro del cual se establecieron, los derechos de los infantes, las obligaciones de los padres, tutores y del Estado en relación a

⁸ Rojas Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, México, Editorial PORRUA, 2006, Pág. 158.

⁹ *Idem*.

estos; con ello nuestra nación sustento las bases prioritarias de instrumentos internacionales y criterios de Naciones Unidas, que la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ ha reconocido, convirtiéndose esta en Ley Suprema para nuestro país.

Lo que nos lleva al concepto de Interés Superior del Niño, por lo que antes de empezar hablar de su definición, vale la pena comentar, que es un principio rector utilizado por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹¹ y establecido también en la Convención sobre los Derechos del Niño¹²; que por tratarse de un concepto jurídico indeterminado dentro del ámbito de protección internacional de la infancia, como afirma Sonia Rodríguez¹³ no resulta fácil arribar a una definición concreta del mismo; uno de los obstáculos que se presenta cuando se trata de definir su significado es que se trata de un concepto que no es unívoco, sino que es dinámico, debido a que su contenido se reinterpreta de manera diferente para cada menor, a partir de su estado particular, considerando diversos aspectos como su situación, desarrollo, contexto cultural, social, sus necesidades, entre otros elementos.

Una muestra clara de esta característica polifacética que llega a tener el principio de Interés Superior, son las distintas interpretaciones que el Comité sobre los Derechos del Niño ha dado al mismo, a partir de situaciones diferentes como en el caso de menores desplazados, niños indígenas, menores separados de su familia, extranjeros, e incluso en los informes periódicos que presentan los países parte, donde se analizan los avances logrados en relación al Interés Superior del

¹⁰ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

¹¹ Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1986 del 20 de Noviembre de 1959.

¹² *Op. Cit.*, Nota 9.

¹³ Rodríguez, Sonia, *La Protección de los Menores en el Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, 2006, Pág. 31 y 32

Niño, es posible detectar que cada Nación entiende el interés Superior del niño según sus propias circunstancias.

Lo anterior no ha impedido a diversos, organismos y especialistas, arriesgarse a conceder una noción de su concepción.

Por lo que ve a la Declaración de los Derechos del Niño, en relación al Interés Superior del Niño, en su artículo 2º señala que:

"el niño gozará de protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios dispensados todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el Interés Superior del Niño"

En el mismo sentido la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴, marca:

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños

¹⁴ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”

El máximo tribunal del país, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el concepto de “Interés Superior del Niño”, en la siguiente tesis aislada

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”¹⁵

En el mismo sentido, al hablar del Interés Superior de Niño, pero desde una connotación jurisdiccional, es precisado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis Aislada No. XV/211, como:

“INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del

¹⁵ Tesis: 1a/J. 25/2012 (9a.), Primera Sala, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo 1, Diciembre de 2012, Pág. 334

niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión”¹⁶

Es entonces que, una vez abordado las anteriores opiniones, es posible lograr entender el Interés Superior del Niño, cómo un principio de orden público, que el Estado debe tutelar a los menores, a efecto de garantizar su desarrollo integral, tanto físico como emocional, que les permita alcanzar la edad adulta y una vida sana, siendo esto una obligación de la Nación mexicana fundada en el contenido del artículo 4º Constitucional, que en su parte relativa establece: "El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

Atendiendo al carácter indeterminado del Interés Superior del Niño al que antes se hizo referencia, es que su conceptualización puede cambiar según el ámbito al que desea aplicarse, así por ejemplo, si se trata de aplicarlo en materia de alimentos, en la que el interés superior puede consistir en que el niño reciba una pensión alimenticia acorde a sus gastos de manutención, o bien derivado de un instrumento internacional en materia de adopción en el que de acuerdo a la

¹⁶ Tesis 1ª./J.18/2014. Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo I, Marzo de 2014, Pág. 406.

especialista en adopción Ingrid Brena¹⁷, la mención del Interés Superior del Niño no debe quedar como una mera declaración sino como un principio que sirva de criterio de selección entre diferentes o eventuales opciones entre los cuales la autoridad administrativa o el juez deban resolver.

En opinión de Miguel Cillero¹⁸ es posible afirmar que el Interés Superior del Niño es, la satisfacción integral de sus derechos fundamentales, caracterizado por ser: una garantía, que al concernir al infante, debe considerar primordialmente sus derechos, es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos y es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia.

Pocos autores se han lanzado en este ejercicio peligroso de intentar una definición franca del Interés Superior del Menor, ya que la ligereza y la geometría variable que rodean el concepto hace complicado hacerlo.

No obstante ello Navas Navarro¹⁹, propone su definición de la siguiente manera:

"El Interés Superior del Niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una

¹⁷ Brena Sesma, Ingrid, *El interés del menor en las Adopciones*, en *Estudios sobre Adopción Internacional*, González Martín, Nuria y RODRIGUEZ BENOT, Andrés, (coords), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, Pág. 92.

¹⁸ Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del Niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño en Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogota-Buenos Aires Argentina, Editorial Temis Depalma, 1998, Pág. 84.

¹⁹ Navas Navarro S., *Le bien et l'intérêt du mineur dans la société interculturelle*, in *Le Bien de l'Enfant*, Pág. 175.

decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia"

El autor, Francisco Rivera Hernández, le define señalando lo siguiente:

*"El interés del menor es, un estándar jurídico: un modelo de conducta o actuación jurídico-social que se adecua a los que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidades sociales. Es un arquetipo de conducta o actitud que adoptar en las relaciones personales y en el tráfico jurídico, del que se deduce la regla jurídica necesario para el caso particular, y sirve para orientar al operador jurídico en la realización de una conducta jurídica que responde a ciertos valores de orden, justicia, razonabilidad, para casos y circunstancias para los que no hay dato normativo más preciso"*²⁰

De acuerdo con Mónica González Contró, la trascendencia de este principio se vincula con el principio de dignidad, que sitúa al menor como persona titular de los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño, separándolo definitivamente de la esfera de inmunidad paternal²¹; también ha señalado que el adjetivo "superior" indica que no se trata de cualquier tipo de interés, sino de un interés especial que se ha relacionado con la idea de necesidad, es decir, con aquello que es un requerimiento para la vida y el desarrollo del menor, y en consecuencia con la fuerza para desplazar a otras exigencias que puedan competir a la par.

²⁰ Rivera Hernández, Francisco, *El Interés del Menor*, Madrid, Editorial DYKINSON S.L., 2001

²¹ González Contró, Mónica, *Derechos Humanos de los niños: Una propuesta de fundamentación*. México, Instituto De Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 208, Pág. 403.

En una concepción propia, integrada por las muchas voces consultadas, considero al Interés Superior del Menor, como: la pauta y eje rector aplicable a cualquier conflicto en el que se vean involucrados menores de edad, lo que constringe a toda autoridad jurisdiccional y a entes particulares, a sujetarse y fallar a favor de las acciones y vía más favorecedora, por encima de derechos de terceros, con la intención de generar un entorno efectivo en el que se salvaguarden de manera idónea los derechos de niños y adolescentes.

Lo que es un hecho, independientemente de la manera en la que sea conceptualizado, es que este principio evidentemente exige que las naciones adopten activamente en sus sistemas legislativos, administrativos y judiciales,¹ medidas para la protección y cuidado del menor, aplicando en todo momento el principio de Interés Superior del Niño, para lo cual se tendrá que evaluar sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de la infancia se ven afectados por las decisiones y medidas que los adultos tomen.

C. Antecedentes

Los motivos históricos que originaron la aparición del Interés Superior del Niño, en el contexto mundial, sin lugar a duda fueron los enfrentamientos bélicos derivados particularmente de la Segunda Guerra Mundial, los estragos de la guerra fueron la principal razón para que se desarrollara un creciente interés social en el mundo, empujada por las minorías subvaloradas, siendo a partir de estos movimientos socio-culturales que los Estados como medida de mitigación de estos episodios que amenazaban con desbordar la aparente calma post-guerra que prevalecía, convirtieron a los niños en blanco de políticas públicas, y la infancia en un tema de disertación y debate social, por lo que en el siglo XX, como respuesta a los distintos estudios realizados sobre las condiciones en que se desarrollaban los niños, se produjo la noción actual del pensamiento que busca garantizar los derechos propios de los menores, remarcando la necesidad de que se les proteja

por parte del Estado, por lo que a partir de ello comenzó la labor gubernamental de promover y garantizar su defensa legítima.²²

A continuación se realizara un breve reseña histórica de los documentos jurídicos, a través de los cuales el Interés Superior del Niño nació y fue evolucionando, hasta convertirse en la noción moderna de Interés Superior del Niño que conocemos; ello en el entendido de que en esta evolución cronológica de Normativa Internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño²³ es el documento central y de mayor relevancia histórica de dichos derechos, mismo a la fecha tiene plena vigencia en nuestro derecho positivo mexicano, ocupando un lugar preeminente dado que establece como uno de sus principios fundamentales, el Interés Superior del Niño, por lo que a continuación de manera esquemática se enlistaran y hará referencia a los documentos de carácter internacional que aportaron y dieron origen al Interés Superior del Niño.

a. Declaración o Carta de Ginebra de 1924²⁴

Esta declaración fue aprobada por la Sociedad de las Naciones Unidas en su quinta asamblea el 26 de diciembre de 1924, en la que la Asociación Internacional de protección a la Infancia promulgó la primera declaración sistemática de los Derechos del Niño y es considerado el primer instrumento sobre derechos del niño en el ámbito internacional, tiene su origen en la iniciativa de la británica Eglantyne Jebb, fundadora de la organización *Save de Children*, cuyo objetivo era ayudar a los niños víctimas de la primera guerra mundial y de la Revolución rusa.

Esta declaración consta de 07 siete principios que con posterioridad se abordarán y que protegen los siguientes derechos: condiciones adecuadas para el

²²Op. Cit., Nota 1, Pág. 28

²³ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

²⁴ Declaración de Ginebra de 1924. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/69/1c.pdf>

desarrollo material y espiritual; alimentación; atención sanitaria; ayudas especiales para los niños con problemas de tipo síquico o social; protección en situaciones de emergencia; y protección ante cualquier tipo de explotación.²⁵

En su contenido son reconocidas las necesidades fundamentales de los niños y las niñas. El texto se centra en el bienestar del niño y reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a la protección, sin embargo, ha sido blanco de severas críticas, debido a que si bien este texto contiene ciertos derechos fundamentales del niño, no tiene fuerza vinculante para los Estados, ya que las naciones firmantes, únicamente hacen una promesa de incorporar estos principios a su legislación interna, pero este movimiento no es jurídicamente vinculante para ellos.²⁶

No obstante, la Declaración de Ginebra sigue siendo el primer texto internacional en la historia de los Derechos Humanos que específicamente trata sobre los Derechos de la Niñez.

Como fue mencionado, este documento contiene siete principios fundamentales, referidos exclusivamente a los niños y, en donde se exalta el aspecto pedagógico de las cuestiones relacionadas con los derechos de los niños. Por su relevancia y concisión a continuación se transcriben:

1. El niño deber ser protegido excluyendo toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.
2. El Niño deber ser ayudado, respetando la integridad familiar.
3. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual.

²⁵ González Contró, Mónica. *La Reforma Constitucional en materia de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*,

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/const/cont/20/ard/ard7.htm>, Enero de 2014.

²⁶ Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924,

<http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>, Marzo de 2014.

4. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño deficiente de ser ayudado; el niño desadaptado deber ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos.
5. El niño debe ser el primero en recibir socorro en casa de calamidad.
6. El niño debe disfrutar completamente de las medidas de previsión y seguridad social; el niño debe, cuando llegue el momento, ser puesto en condiciones de ganarse la vida, protegiéndole de cualquier explotación.
7. El niño debe ser educado, inculcándole la convicción de sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio del prójimo.

b. Tabla de los Derechos del Niño, Uruguay 1927²⁷

Como el segundo de los antecedentes tenemos la elaboración de esta tabla, que fue tomada del discurso realizado por el Ministro de Instrucción Pública del Uruguay, en el acto de inauguración del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia, el 9 de junio de 1927. Es este se señala como derechos de los menores entre otros, el derecho a la vida, la educación, la nutrición, a mantener y desarrollar la propia personalidad, la educación especializada, consideración social; propugnando la abolición de la distinción jurídica entre hijos legítimos e hijos naturales.

Este instrumento abanderó como misión primordial, conseguir que todos los derechos que consagraba en su contenido, fuesen reconocidos y acatados para conseguir naciones progresivas, en virtud de que según el criterio de los creadores del instrumento, una nación progresista evidencia un pensamiento fundamentalista en el que los niños son el futuro, componen una familia, integran a la sociedad y a las naciones.

²⁷ Solís Quiroga, Héctor, *Derechos del Menor de Edad, Niño*,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/166/dtr/dtr12.pdf>

c. Declaración de Oportunidades para el Niño, 1942²⁸

Como consecuencia directa del VIII Congreso Panamericano celebrado en Washington DC., llevado a cabo del 02 dos al 09 nueve de Mayo de 1942 mil novecientos cuarenta y dos, surge la Declaración de Oportunidades para el Niño en donde por primera vez, se establece que la ley debe fijar una edad mínima para que un menor pueda desempeñarse en una acto remunerado, limitar el trabajo a seis horas como máximo y registro obligatorio de los empleados menores de 16 años. Así mismo da la oportunidad para que todo niño se pueda incorporar a la vida de la colectividad, y en su oportunidad, contribuya al progreso de la misma, sabiendo que todo derecho supone el cumplir de deberes para asimismo, la familia y la sociedad en general.

Los trabajos realizados durante este Congreso, lograron alcanzar ámbitos que antes incluso pudieron ser considerados insignificantes, como el hecho de considerar que los padres indigentes tienen derecho a un subsidio con el propósito de no separarlos de sus hijos, o la consideración de que la educación, tendría que proveerse de acuerdo con la edad y la capacidad mental del menor, orientando la vocación y propiciando el desarrollo intelectual, físico, espiritual y cultural, al menos durante los años necesarios para lograr la madurez y el aprovechamiento pleno de cualidades y aptitudes en los niños.

Es considerada una declaración idealista, por pretender que todo menor tenga el derecho de desarrollarse al máximo, para que pueda rendir como hombre los mejores resultados en su vida adulta.

²⁸ Ibidem, Pág. 14.

d. Carta de la Unión Internacional de Protección a la Infancia, 1948²⁹

Es una versión revisada de la Declaración de Ginebra de 1948, en la que se añade que el niño desadaptado deber ser reeducado, el huérfano y el abandonado debe ser recogido además de ser puesto en condiciones de desarrollo normal, con un punto de vista material, moral y espiritual; cabe mencionar que los lineamientos propuestos en la Carta en cuanto a la protección y cuidado de los menores son muy escasos, pero se toma en consideración que esto obedece a las necesidades de la época de su creación.

e. Declaración de los Derechos de Niño, 1959³⁰

Elaborado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, y adoptado por la Asamblea General de la Unión de las Naciones Unidas el 20 veinte de Noviembre de 1950 mil novecientos cincuenta, siendo también conocida como Decálogo de los Derechos del Niño, en donde por primera vez, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó por unanimidad la Declaración de los Derechos del Niño, en la cual, se consignan los derechos y libertades que todo niño sin excepción debía disfrutar.

La gran mayoría de los derechos y libertades allí proclamados ya están mencionados en la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General en 1948 mil novecientos cuarenta y ocho, no obstante ello se convino que las necesidades especiales de la infancia justificaban una Declaración

²⁹ Carta de la Unión Internacional de Protección a la Infancia, 1948

http://caterina.udlaPág.mx/udl_a/tales/documentos/ledi/zapata_1_ag/capitulo1.pdf

³⁰ Declaración de los Derechos de Niño, 1959. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

<http://www.derechosdelnino.org/ginebra-1924/?gclid=C1bjzumRiLcCFclv4AodzkgAEw>

que atendiera de manera específica y separa las peculiares y particulares necesidades del menor.³¹

Lo que sin duda resulta indiscutible, es el hecho de que la finalidad de la declaración radica en que los niños puedan tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de quienes les rodean de los derechos y libertades que en ella se enuncian, para lo cual insta a los padres, a las poblaciones en general, a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos a que reconozcan esos derechos y luchen para su observación como medida legislativa.

La declaración de las Naciones Unidas está contenida en diez principios cuidadosamente redactados, de entre los cuales, vale la pena citar el siguiente:

"Que a ningún niño, se le hará excepción, distinción o discriminación por motivo de raza, sexo, color, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya se del propio niño o de su familia, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad."

Por lo que al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será siempre el Interés Superior del Niño, por lo que es una obligación de los Estados Miembros proteger al niño, siendo su prioridad el recibimiento de protección y socorro, por lo que con la firma de este Instrumento los Estado Miembros y las Organizaciones No Gubernamentales se comprometieron a dar la máxima publicidad al texto.

³¹ Declaración de los Derechos del Niño,

<http://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20de%20Ni%C3%B1o.pdf>, Marzo de 2014.

f. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 1979³²

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conocida por sus siglas CEDAW, a menudo descrita como la convención de las mujeres, fue adoptada en 1979 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Si bien esta Convención principalmente constituye la base para lograr la igualdad entre mujeres y hombres, por ser el único tratado de derechos humanos que afirma los derechos reproductivos de las mujeres y destaca la cultura y las tradiciones como fuerzas influyentes que determinan los roles de género y las relaciones familiares, resulta trascendente como antecedente de los derechos de los menores, porque en sus artículos 5 y 16, retoma el Interés Superior del Niño, al mencionar que los estados partes deberán tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el interés de los hijos constituirá una consideración primordial.

g. Carta Latinoamericana sobre los Derechos del Niño, 1988³³

A finales de 1988 mil novecientos noventa y ocho, representantes de las organizaciones no gubernamentales por la niñez en Latinoamérica, de Argentina, México, Perú, Paraguay, Bolivia, Chile, Uruguay y Colombia, se reunieron en Buenos Aires con el objeto de analizar la Convención de la ONU y proponer algunas modificaciones o agregados al texto; con el propósito de ajustar la

³² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>, Enero de 2014.

³³ UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, *Justicia y Derechos del Niño*, Número 1, http://www.unicef.org/argentina/spanish/var_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf, Marzo de 2014.

Convención a la realidad histórica, económica y cultural de los países tercermundista; sin embargo no les fue permitido, por lo cual, elaboraron la Carta Latinoamericana de los Derechos del Niño, que pretendía ser regulador para ajustar la Convención a las particularidades de dichos países.

Resaltando entre otras cosas que, todo ser humano desde el momento de su concepción hasta la mayoría de edad, debían ser entendido como niño o menor, dado que todos los países de América Latina deben considerar la problemática de los menores como una cuestión substancial y como un tema de vital importancia para el futuro de las naciones debido a que casi el 50% de la población es menor de 18 años de edad.

h. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989³⁴

Como más importante antecedente tenemos esta Convención³⁵, la cual se aprobó el 20 veinte de Noviembre de 1989, por la Asamblea General de la ONU, entrando en vigor el 02 dos de Septiembre de 1990. Se destaca que la Convención tiene su antecedente en la Declaración de Ginebra de 1924 mil novecientos veinte cuatro, la que posteriormente y una vez revisando y ampliando su texto en 1948 mil novecientos cuarenta y ocho fue la base de la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 mil novecientos cincuenta y nueve.

El documento de la Convención fue firmado por el embajador de México en la ONU el 26 veintiséis de Enero de 1990 mil novecientos noventa, aprobado por la Cámara de Senadores el 19 diecinueve de Junio y ratificado por el Ejecutivo Federal el 21 de Septiembre de 1990, con el Decreto promulgatorio publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 veinticinco de Enero de 1991, entrando en

³⁴ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

³⁵ Convención sobre los Derechos del Niño,

<http://www.derechosdelnino.org/convencion/?gclid=C0eqkJKSiLcCFcuJ4Aod1V8Acg>,
Diciembre de 2013.

vigor para toda la República el 21 veintiuno de Octubre de 1991, con lo que el país reitero su interés y compromiso por proteger a la niñez y garantizarle que sus derechos sean respetados.

El contenido de la Convención de 54 artículos, puede ser dividida en tres grandes rubros, que contempla una gran grama de derechos: El primero integra el derecho a la provisión, consistente en la supervivencia y desarrollo de los niños; el segundo se establece como derecho, la protección de los menores combatiendo la discriminación, el derecho a ser guiados y orientados debidamente y no ser instrumento de abusos; y en el tercer rubro se ubica el derecho a la participación, los menores tienen derecho a manifestarse y a estar bien informados.

i. Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 1990³⁶

Con la Declaración sobre los Derechos de los Niños se da una nueva oportunidad para que el respeto de los derechos y el bienestar del niño adquieran un carácter realmente universal; por ese motivo un grupo de dirigentes mundiales se reunieron en las Naciones Unidas para participar en la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, del 29 veintinueve al 30 treinta de Septiembre de 1990 mil novecientos noventa, encabezado por 71 jefes de Estado y de Gobierno y 88 altos funcionarios, la mayoría ministros. En la Cumbre se aprobó la Declaración sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, y un plan de Acción para aplicar la Declaración en los años venideros.

Para lo cual la primera obligación de los Estados fue mejorar las condiciones de salud y nutrición de los niños, prestar más atención, cuidado y tutela a los niños impedidos o en circunstancias difíciles, la prestación de educación básica para reducir el analfabetismo, etc., acordando que para realizar estas tareas, todas las

³⁶ Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 1990.

<http://www.unicef.org/spanish/specialsession/about/world-summit.htm>, Diciembre de 2013.

naciones debían desplegar esfuerzos constantes y concertados, tanto a nivel nacional como mediante la cooperación internacional, aceptando aplicar un programa de 10 puntos.

j. Cumbres Iberoamericanas 1991-2003

Las Cumbres Iberoamericanas, constituyen un foro de reflexión y concertación política, donde permite el encuentro y el dialogo sobre posiciones políticas y la adopción de planteamientos comunes en temas de especial interés entre los jefes de Estado y de Gobierno. Dirigiendo en forma flexible y dinámica, el reforzamiento e identificación de la comunidad iberoamericana de naciones. Siendo además un instrumento de cooperación que contribuye a fortalecer la identidad Iberoamericana de los 21 Estados miembros, mediante el respaldo de acciones de movilidad social generadoras de desarrollo y que favorece la vinculación con la sociedad.

D. Características

La principal característica que define al Interés Superior del Niño, es el de ser una garantía, ya que toda decisión que concierna al menor, no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres, por ser una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

Las características del Interés Superior del Niño son claramente anotadas por el Dr. Juan Pablo Cabrera Vélez, en su obra Interés Superior del Niño –El adendum a los libros escritos sobre el Derecho de Menores-³⁷, de la siguiente manera:

³⁷ Op. Cit., Nota 15, Pág. 33.

a. Derecho de Primera Generación

Los derechos de Primera Generación, son los más antiguos en su desarrollo normativo, por ser derechos inherentes al individuo frente al estado o frente a cualquier otra autoridad, caracterizándose por imponer al Estado el deber de respetarlos siempre, en el entendido de que únicamente pueden ser limitados en los casos y bajo las condiciones previstas en el propia Constitución.³⁸

Si bien, la llamada "primera generación de derechos" surgida a finales del siglo XIX, aparece indisolublemente ligada a la noción de autonomía personal y a la capacidad del ser humano para autodeterminarse, cualidad que se entiende ausente durante los primeros años de la vida humana, debido principalmente a dos causas: la percepción del niño como ser absolutamente vulnerable y dependiente, y la pertenencia del niño a la familia, vinculada con el ejercicio de la patria potestad; indudablemente ambas dificultades deben ser superadas para lograr la vigencia de un Estado constitucional de derecho, particularmente en nuestro país, pues desde esta óptica resulta inaceptable la negativa de la titularidad de derechos a individuo con base en cualquier consideración que no sea la del respeto a su dignidad humana.³⁹

La inclusión de los niños como titulares de derechos subjetivos, especialmente de las libertades reconocidas constitucionalmente, no ha sido sencillo, en este tenor la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰ en su artículo tercero, refiere que el Interés Superior del Niño es un principio que deber tomarse en cuenta para la toma de decisiones que le afecten, surgiere que no es

³⁸ Aguilar Cuevas, Magdalena, *Las Tres Generaciones de los Derechos Humanos*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr1pr20.pdf>, Enero de 2014.

³⁹ González Contró, Mónica, *La Reforma Constitucional pendiente en Materia de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard7.htm>, Enero de 2014.

⁴⁰ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

asimilable al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entra en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.⁴¹

b. Rector - Guía

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el Interés Superior del Niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella. Generalmente, se cree que el Interés Superior del Niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.⁴²

c. In Dubio Pro Homine

Dentro de las enmiendas de gran trascendencia que están transformando nuestro sistema jurídico nacional, destaca la que en términos del párrafo segundo del artículo 1º. de nuestra Constitución Federal, exige que todo el conjunto de leyes relacionados con los Derechos Humanos se deben interpretar, forzosamente, a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales, de tal manera que su aplicación favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en una obligación para la autoridad, inclusive de oficio, de analizar el

⁴¹ Idem.

⁴² Cilleros Bruñol, Miguel. *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño*, Julio de 2013 http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf.

contenido y alcance de tales derechos a partir del principio doctrinalmente llamado "Pro Homine"⁴³ o "Pro Personae", precepto que nos indica que en caso de duda, la norma se aplicará a favor del ser humano, y supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho.⁴⁴ Dentro del contexto que nos interesa, cabe recordar que el art. 4º, dispone que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del Interés Superior de la Niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

d. Multifactorial

Contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad, resultado forzado por el principio del Interés Superior del Niño evidentemente el Estado, entendiendo por Estado tanto la función ejecutiva, como la legislativa y judicial. En este sentido, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas en virtud del principio, destinadas a la plena vigencia y aplicación del mismo.⁴⁵

⁴³ López Thomas, Gerardo Francisco, *Principio Pro Homine*, Julio de 2013, <http://www.bufetelopezthomas.com/?p=446>,

⁴⁴ Carbonell, Miguel, *La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos: Principales Novedades*, Enero de 2014, <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>

⁴⁵ Cavallo, Gonzalo Aguilar, *El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Julio de 2013, http://www.cecoch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.html/Elprincipio11.pdf.

e. Interpretativo

Por ser un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un infante en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.

f. Llena los Vacíos Legales

Autores como Parker sugieren que el "Interés Superior del Niño" puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.⁴⁶

g. Es prioridad de las políticas públicas

Se ha elevado el Interés Superior del Niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas; como política pública su difusión busca realizarse de manera general mediante la integración del principio del Interés Superior del Niño en los programas y políticas nacionales relacionados con la infancia, así como en las actividades parlamentarias y administrativas, a nivel nacional y local, en especial

⁴⁶ Op. Cit., Nota 27.

los relativos a las asignaciones presupuestarias, y en lo particular mediante la valoración de las repercusiones de las políticas sobre los niños, incluidas las políticas de ajuste económico y de recorte presupuestario. Esto implica establecer los mecanismos de evaluación y seguimiento, garantizando que los grupos más vulnerables se vean protegidos contra los efectos adversos de las políticas económicas. Lo que acarrea la imposibilidad de derogar los principios de la Convención aún en situaciones de emergencia.⁴⁷

h. Reviste especial gravedad en caso de violación

La Corte Internacional de los Derechos Humanos, ha señalado que las violaciones a los derechos humanos de los niños revisten especial gravedad, considerando especialmente graves los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, ya que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana⁴⁸, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, "que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción".⁴⁹

⁴⁷ Derechos Humanos de la Infancia, México, *El Interés Superior del Niño. Artículo 3º*, Julio de 2013, http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/serie_4.htm.

⁴⁸ Ratificada por el Estado Mexicano en 1991.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Sentencia 19 de noviembre de 1999.

E. Alcance Jurídico

Los derechos del niño, en la concepción contemporánea de la expresión, tal como resulta del texto de la Convención de los Derechos del niño como órgano rector y de los grandes textos internacionales nacidos en el movimiento, han conducido al niño a una nueva posición: Indubitablemente, el niño no está todavía reconocido como un ciudadano de manera total, facultado de derechos cívicos completos, ni tampoco dotado de capacidad de ejercicio, por ser un ente incapaz jurídicamente hablando, por lo que el Interés Superior del Niño, se trata de uno de los principios cardinales en materia de derechos del niños y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a como lo establecen los estándares internacionales, en particular el artículo 1° de la Convención sobre Derechos del Niño⁵⁰, niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad.⁵¹ Evidentemente, se pueden apreciar ciertas diferencias entre una persona de 5 años y una persona de 14 ó 15 años, tal como lo indica Saramago en su autobiografía de la infancia,⁵² razón por la cual, en la terminología moderna se habla de niño y adolescente, como dos situaciones jurídicas que, a partir de un lenguaje común, deberían recibir un tratamiento diferenciado.⁵³ Con todo, en ambos casos, uno de

⁵⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Chile ratificó la CDN con fecha 13 de Agosto de 1990.

⁵¹ Artículo 1°: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" de la CDN.

⁵² Saramago, José, *Las Pequeñas Memorias*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Alfaguara, 2007, Pág. 20

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*,

los principios rectores en materia de derechos del niño –niños y adolescentes– es el principio del Interés Superior del Niño. Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional General.

De manera habitual, el niño tiene necesidad de una protección particular y necesita cuidados apropiados a su edad; claro está que no de una manera homogénea sino de manera regresiva: las prestaciones y la protección deben ser masivas en la infancia y deben reducirse al filo de los años del niño, hasta no ser más que una red tendida, sobre la cuerda del equilibrista para que no se haga demasiado daño si por desventura cayera.⁵⁴ Pero el recorrido sobre el filo debe ser efectuado por el propio funámbulo, y no por los espectadores.

Esta nueva posición del niño y este derecho a la participación y a la toma en cuenta a la par de un ser humano como los otros, del que se desea el bien, implica, ciertas consecuencias al nivel estructural de la organización de la sociedad y al nivel estratégico en la definición de las líneas directrices de la política de promoción de la infancia.

La Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁵, prevé en su artículo 43 párrafo primero que los Estados se comprometen a hacer reconocer la Convención y su contenido. Para lo cual, esta información debe alcanzar varios escenarios de la población:

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Septiembre de 2013, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esPág.pdf

⁵⁴ Vaquerq, Carlos, *Menores que cometen delitos. Víctimas, castigos y responsabilidades*, México, Marzo-Abril de 2010, citando a Jean Zermatten, "Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: situación actual y perspectivas", realizada el 1 de noviembre en la Sala Rodolfo Walsh, Rosario.

⁵⁵ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

1. Las instancias oficiales y los organismos públicos y privados ocupados de la aplicación de la CDE,
2. Los ciudadanos en general,
3. Los niños sobre todo porque es de ellos de quién se trata y porque son ellos los que deberán ejercer los derechos reconocidos y si es posible también los de la participación.

En esta tesitura, se puede decir que hay en nuestro país, una clara deficiencia de informaciones en todos los niveles, aun cuando las numerosas iniciativas puedan ser bienvenidas. Por ello resulta inquietante, que la escuela, siendo el sector más importante en la transmisión de informaciones, no se encuentren enlistadas sistemáticamente en estos escenarios de la población, virtud de ello no resulta sorprendente, que si en este escenario no se ha comprendido la importancia de los derechos del niño, por ende tampoco se haya hecho en la concepción de un Estado en general.

Prueba de ello, es el contexto que de manera cotidiana se presenta en los Juzgados de Primera instancia especializados en asuntos de carácter familiar, en lo que al ser encuestados los juzgadores integrantes, en primer término se tuvo a los mismos declarando que el Interés Superior del Niño, casi siempre es considerado al momento de designar Tutor a favor de menores, y en segundo término manifestaron que dichas designaciones no siempre se realizan en estricto apego al Interés Superior del Niño.

En el entendido de que el Interés Superior del Niño es un instrumento de derechos humanos, que busca que el Menor de Edad goce de una protección especial, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, es indudable el hecho de que su consideración en el nombramiento de tutores, es en definitiva imprescindible, siendo por ello, fundamental al resolver sobre los derechos de los Menores de

Edad, encontrándose la obligatoriedad de su aplicación en el artículo 3.1 de La Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁶, que a la letra dice:

"...En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño..."

Tal es la importancia de su consideración en la resolución de los conflictos en los que se ven involucrados niños y adolescentes, que en los propios Juzgados de Primera Instancia especializados en materia familiar, en la práctica podemos encontrar, Acuerdos relacionados, como el que a continuación se presenta un fragmento, dictado previo a haber turnado el expediente para que se dictara la Sentencia que al efecto correspondiera, con la intención de exhortar a la Procuradora de la Defensa del Menor y la Familiar a que en Atención al Interés Superior del Niño, participará activamente en el desarrollo del juicio.

⁵⁶ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

[redacted] la
Procuradora de la Defensa del Menor y la Familia, no ha dado
cumplimiento a lo solicitado por este órgano jurisdiccional. En consecuencia, en su
parte [redacted] de este juicio, debe hacer especial énfasis en que
la justicia se administre de manera pronta y expedita, a fin de que las
omisiones solo estén entorpeciendo el desarrollo del juicio, además de
que en el asunto de que se trata está en juego el interés superior
de un menor que si bien, tiene una identidad, y conoce su origen, no
tiene seguridad jurídica, en su nombre ni en su consulta, por lo tanto,
como representante de la institución que busca el bienestar de los
menores y de la familia debe contribuir para que este juicio se
resuelva eficazmente y al no haber dado cumplimiento [redacted]
[redacted]
[redacted] le hace efectivo el apercibimiento de la
multa [redacted]
[redacted] impuesta de quince días de salario mínimo vigente
en la región a la Procuradora de la Defensa del Menor y la Familia.
Nuevamente, requiérasele a la Procuradora de la Defensa del Menor
y la Familia, para que agenda el presente asunto y participe
activamente en el desarrollo del mismo, promoviéndolo conducente 57

En los últimos años, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha abordado temas relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debiendo aplicar la normativa que al respecto establece la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁸ y recurriendo además, en un enfoque integrador y sistemático, a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y a otros instrumentos internacionales vinculados con los derechos del niño, a saber, la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵⁹ En este contexto, se ha tenido la oportunidad de fijar los criterios básicos en torno al contenido de un principio

⁵⁷ Fragmento de Acuerdo dictado por Juez de Primera instancia del Ramo Familiar en la ciudad de Tepic, Nayarit.

⁵⁸ Ratificada por el Estado Mexicano en 1991.

⁵⁹ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

cardinal en materia de derechos del niño, niña y adolescente, nos referimos evidentemente al principio del Interés Superior del Niño.

De acuerdo con esto, el principio del Interés Superior del Niño exige considerar como elementos componentes claves la dignidad del ser humano y las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño.⁶⁰ También debe necesariamente tomarse en cuenta la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

Finalmente, se ha establecido que este principio esencial en materia de derechos del niño, niña y adolescente es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los menores.

En definitiva, el principio del Interés Superior del Niño o del bienestar del niño o del mejor interés del niño, niña o adolescente es un principio compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados, es decir, los padres, la sociedad y el Estado.

Los elementos que considera el principio del Interés Superior del Niño son diversos, como lo son, la dignidad del ser humano, las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño, la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, y la consideración de que este principio es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños.

En este último orden de cosas, la función judicial —como parte de la estructura estatal— debe tomar en consideración estos criterios propuestos por la jurisprudencia de la Corte, especialmente al resolver conflictos donde esté involucrado un niño, niña o adolescente.

⁶⁰ Idem.

Sin embargo es necesario manifestar, que el Interés Superior del Niño, presenta limitaciones en el nivel práctico, tanto dentro de la normativa que lo regula, como en el ejercicio de la misma; es así, que está limitado en dos supuestos: La vaguedad en la norma que le regula y las condicionantes prácticos supeditados al medio.⁶¹

⁶¹ *Op. Cit.*, Nota 23, Pág. 41

CAPITULO SEGUNDO DE LA TUTELA

Al abordar el concepto de *Tutela*, eminentemente nos encontramos con la necesidad, de dilucidar en primera instancia lo que la Tutela es, por ende antes de iniciar de lleno con el contenido de esta investigación, a manera de preámbulo, me permito señalar que, el presente trabajo se suma a la escasa literatura acerca del tema, pues si bien es de admitir que existe una lista incontable de obras dedicadas al estudio del Derecho Civil y en particular al Derecho Familiar, cierto también es que en el contenido de las mismas se dedica única y exclusivamente alguno de sus capítulos a la tutela, y los consejos de tutela son abordados escueta y pobremente, por lo que en líneas posteriores comenzare abordando generalidades de la Tutela, con la intención de finalizar exponiendo e ilustrando la necesidad de propiciar una Tutela de los derechos de los menores, bajo el estricto amparo del Interés Superior del Niño.

A. Definición

Previo a atender el sentido jurídico de la tutela, resulta prudente, señalar que la palabra tutela, proviene del latín *tueor*, que significa defender o proteger⁶², así mismo desde un punto de vista gramatical, la tutela es definida como la "autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil".⁶³

⁶² De Ibarrola, Antonio, *Derecho de familia*, 4a. edición, México, Editorial Porrúa, 1993, Pág. 471-472.

⁶³ Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, 2001.

Consecuentemente, visto lo anterior, comenzaré aportando un panorama general de tutela, o en un sentido más estricto conceptualizando la institución; no sin antes comentar, que si atendemos al hecho de que la tutela es un institución francamente positivista, debido a que su existencia nace directamente del ingenio de los jurisconsultos griegos y romanos, que vieron en el contexto cotidiano la necesidad de crear una figura jurídica, que resolviera los conflictos relacionados con menores, incapaces y/o mujeres, cuando para estos faltare la patria potestad o representación masculina, es de concluirse que la tutela debe ser entendida como una patria potestad limitada que emana del Derecho Positivo, y fue generada a partir de las necesidades inherentes a la naturaleza del ser humano en condiciones especiales.

Es entonces, que atendiendo a esta naturaleza positivista de la tutela, tenemos que, la definición más precisa de esta, sin duda alguna tendría que ser aquella que proporciona el propio Código Civil; por lo que en este sentido, el Código Civil de la Federación, claramente enuncia en su artículo 449.

"...guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos..."

En el ámbito estatal, específicamente dentro del Código Civil para el Estado de Nayarit, en el TÍTULO NOVENO De la tutela, CAPÍTULO I de Disposiciones Generales, Artículo 441, la definición de la Tutela, resulta ser idéntico al que contiene el artículo 449 del Código Civil Federal, motivo por el cual es innecesario citar su contenido en este apartado.

Así mismo, el Maestro Antonio de Ibarrola, en su Libro Derechó de Familia, dentro del LIBRO SÉPTIMO La Protección Cuando Falta la Patria Potestad CAPÍTULO I La Tutela, define a la tutela de la siguiente manera:

"...poder protector, cuyo origen no está en la naturaleza, sino en la ley que la establece para suplir la incapacidad, ya de los menores a

quienes falta la protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general...⁶⁴

Para Galindo Garfias es:

*"Cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio"*⁶⁵

Mientras que, Carlos Rendón Ugalde, al hablar de la Tutela, tras citar algunas definiciones de juristas anacrónicos y contemporáneos, señala:

*"...institución jurídica, de interés público, desempeñada por una persona coadyuvante de la administración de justicia, la cual tiene a su cargo personalísimo: la formación, la representación, la protección de la persona y el patrimonio del incapacitado, no sujeto a patria potestad..."*⁶⁶

A juicio de Oscar E. Ochoa, la tutela se trata de:

"...institución de protección más completa, considerándose tutor a toda aquella persona que, designada por el padre o la madre por testamento, llamada al cargo por la ley, o designado por un juez, tiene como misión el cuidado y educación de los menores sometidos a tutela, además de su representación en todos aquellos actos en que éste no

⁶⁴ Op. Cit., Nota. 39, Pág. 471.

⁶⁵ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, Primer curso Parte General. Personas. Familia*, citado por, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Derecho Familiar. "Tutela"*, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación, 2012, Vol. 6, Pág. 10.

⁶⁶ Rendón Ugalde, Carlos Efrén, *La Tutela*, México, Editorial Porrúa, 2001, Pág. 27.

*pueda actuar por sí solo por carecer de capacidad de obrar, y la administración de sus bienes p patrimonios...*⁶⁷

Bustos Rodríguez considera a la tutela como:

*"...institución por medio de la cual las personas incapaces, que carecen de capacidad de ejercicio, son representadas por un tercero, que actúa como si el incapaz estuviese sometido a su patria potestad"*⁶⁸

Por su parte el jurisconsulto José Luis Aguilar Gorrondona, al referirse a la tutela, refiere:

*"...institución de protección creada para las personas que no se encuentran bajo la patria potestad de nadie, siempre que la protección requerida por ellas exija su representación legal y comprenda por lo menos, la protección de algún interés no exclusivamente patrimonial"*⁶⁹

Gámez Perea, se refiere a ella anotando:

*"Un cargo que se impone a determinadas personas a fin de asistir a quien no pueden por sí mismos protegerse o administrar adecuadamente sus bienes"*⁷⁰

⁶⁷ Ochoa G., Oscar. E., *Derecho Civil I: Personas*, Caracas, Editorial Publicaciones UCAB, 2006.

⁶⁸ Bustos Rodríguez, María Beatriz, *Diccionario de derecho civil*, México, Editorial Oxford University Press, 2006, Pág.125.

⁶⁹ Aguilar Gorrondona, José Luis, *Teoría General de la Tutela de Menores en el Derecho Venezolano*, Caracas, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, Colección de Estudios Jurídicos, 1957, Vol. XX, Pág.16.

⁷⁰ Gámez Perea, Claudio R., *Derecho Familiar*, México, Editorial Laguna, 2007, Pág. 925.

Igualmente, los tribunales de la Federación, en sus criterios de interpretación, han precisado en que consiste la tutela; por ejemplo la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se refirió a ella como una institución que:

*"Se realiza para la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural o legal, o sólo la segunda, para gobernarse por ellos mismos; regla general que sólo admite la excepción de la tutela interina o tutela específica, que es la que opera cuando, en casos especiales y determinados, los intereses del menor pueden estar en pugna con los de sus ascendientes en ejercicio de la patria potestad o de sus tutores"*⁷¹

Por su parte el maestro Manuel F. Chávez Asencio, indica que la tutela es:

*"Una institución formada por un conjunto de reglas de derecho de orden público, cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad, tiene incapacidad legal y natural solamente la segunda para gobernarse a sí mismos, y que responde a una necesidad social en beneficio de los menores e incapaces"*⁷²

En tanto que el Jurista, Rafael Rojina Villegas, es claro al definirse a la tutela de la siguiente manera:

⁷¹ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Epoca, Título LIII, Pág.289, Reg. IUS 357,406.

⁷² Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho: Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, México, Editorial Porrúa, 1984, Pág. 350

*"La tutela es una institución que supone la no existencia de la patria potestad. Sólo en casos excepcionales pueden concurrir ambas instituciones"*⁷³

En opinión de López del Carril, se trata de una:

*"Institución tuitiva, personalísima, que funciona como carga pública, representado y cuidando la persona del menor no sometido a la patria potestad, atendiendo a su salud física y moral, a su educación y asistencia, administrando al incapaz y asumiendo su representación legítima en todos los actos de la vida civil"*⁷⁴

De esta manera, Lagunés Pérez, establece que la tutela se puede entender como:

"En su más amplia acepción, quiere decir 'el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes que quienes, por diversas razones, se presume hace necesaria –en su beneficio– tal protección"

Así mismo agrega que, atendiendo a sus caracteres, puede establecerse que la tutela constituye:

"Una función social que la ley impone a las personas aptas para proteger a menores de edad y mayores incapaces, generalmente no

⁷³ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia*, México, Editorial Porrúa, 2006, Vol. 1, Pág. 256.

⁷⁴ López del Carril, Julio J., *Patria potestad, Tutela y Curatela*, citado por, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Derecho Familiar. "Tutela"*, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación, 2012, Vol. 6, Pág. 10.

*sujetos a patria potestad, en la realización de los actos de su vida jurídica*⁷⁵

Una vez vistos los conceptos de la tutela, aportados por diversos autores e incluso para la Suprema Corte de Justicia, es de hacer notar que la capacidad para regirse por sí mismo, se alcanza con la mayoría de edad y con el pleno desarrollo de las facultades físicas e intelectuales de un individuo; por consecuencia, todo aquel que sea menor de edad o bien sufra alguna incapacidad que lo mantenga en un estado de interdicción, evidentemente necesitan ser representados por alguien que le personalice y complete su falta de capacidad, ya sea que se trate de menores de edad o mayores de edad incapacitados, en ambos supuestos el legislador ha establecido un sustituto de la patria potestad, es decir una institución jurídica denominada Tutela.

Particularmente, después de examinar los conceptos anotados en líneas preliminares, considero a la tutela como una institución jurídica no exclusivamente de carácter familiar, ello en virtud de que su existencia es necesaria en otros ámbitos del derecho ajeno al derecho familiar, por ser un mecanismo de defensa y protección de menores e incapaces, que tiene como finalidad central actuar a favor de los intereses y en pro del tutelado.

Por lo que en mi opinión, personalmente considero sobre la Tutela que, si bien es cierto es una institución engendrada por la Ley a favor del orden público, cuyo naturaleza se debe a la necesidad de salvaguardar los derechos de los menores que se ven expuestos al escrutinio de sus condiciones personales, familiares, sociales y emocionales, cierto también es que no deja de ser una figura jurídica que como muchas otras en nuestro país, a pesar de su popularidad, es rústica, desorganizada, poco previsible, a veces desconcertante y está teniendo

⁷⁵Lagunes Pérez, Ivan, "Tutela", *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano*, citado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Derecho Familiar. "Tutela"*, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación, 2012, Vol. 6, Pág. 10

efectos indeseables sobre el entorno jurídico, ello debido a que sigue hundida en la informalidad.

Por lo que de los distintos conceptos anotados en líneas anteriores, se demuestra que es una institución unitaria, subsidiaria y supletoria de la patria potestad, por lo que puede ser entendida como una institución de carácter familiar, amén de que encuentra su creación dentro del Derecho Civil en especial del Derecho Familiar.

Si tenemos que la patria potestad es de Derecho Natural, por estar organizada y emanar directamente de la naturaleza humana, entonces la tutela está organizada llanamente por el Derecho positivo, sobre la base del Derecho natural.⁷⁶

En vista de la serie de definiciones aludidas, se puede concluir que la tutela es un poder protector, cuyo origen no solo está en la naturaleza, sino en la ley que la establece para suplir la incapacidad, ya de los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, o bien de los incapaces.⁷⁷

B. MARCO JURÍDICO

Una vez abordado el concepto de tutela, es pertinente ubicar a esta institución dentro del contexto legal, y en virtud de que la presente investigación está fundamentada en una pluralidad de fuentes jurídicas, tanto del orden interno como del internacional, a continuación se presenta el orden jurídico de la institución materia de esta tesis.

⁷⁶ *Op. Cit.*, Nota. 41, Pág. 367-386.

⁷⁷ *Idem.*

a. Orden Jurídico Internacional.

Si bien es cierto que la Tutela no se encuentra, formalmente regulada en el ámbito internacional, cierto también es que, dentro de los diversos instrumentos internacionales dirigidos específicamente al derecho de menores, puede encontrar fundamento de ellos, en tal virtud, a continuación nos avocaremos al estudio de Derecho Internacional, por lo que ve a los menores.

La multitudada reforma constitucional en derechos humanos publicada el 10 de Junio de 2011 establece en su primer párrafo que todas las personas gozan de los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales ratificados por el estado Mexicano, con lo cual estos últimos se convierten en referente obligado para las personas que imparten justicia, en el mismo sentido, tenemos la Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 02 dos de Enero de 1992 mil novecientos noventa y dos, que señala que los tratados son convenios regidos por el Derecho Internacional Público, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.

Asi mismo en el párrafo segundo de la reforma constitucional de fecha 10 de Junio de 2011, marca que las normas relativas a los derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y con los Tratados Internacionales en la materia; de esta forma la introducción del principio *Pro Personae* conlleva a retomar los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, no sólo en aras de dicho principio, sino también consultando otros documentos internacionales, que independientemente de su naturaleza, ayuden a precisar el contenido de los derechos reconocidos en dichas normativas de carácter internacional.

El Sistema Universal de protección de los derechos humanos ha evolucionado de manera importante en las últimas décadas, creando un número creciente de tratados internacionales en los que se establece un amplio catálogo de derechos. Como parte de este desarrollo se ha impulsado la creación de

instrumentos de contenido específico, para distintos grupos de la población, que por su condición especial se encuentran en situación de vulnerabilidad, entre ellos los menores.

Los principales instrumentos internacionales relativos a los menores han detallado, entre otros, ciertos derechos vinculados con el acceso a la justicia, desarrollando adicionalmente, una serie de principios y reglas.

De esta forma, se parte de la base de una serie de derechos de tipo universales ligados al acceso a la justicia y aplicables, en consecuencia a todas las personas, pero que han sido objeto de un desarrollo particular a partir de las necesidades y requerimientos que se desprenden de las características de los menores. Esta situación obedece, por una parte, al hecho de que los menores requieren de una atención específica de acuerdo con su nivel de desarrollo y necesidades, lo que ha llevado a sostener la necesidad de una atención especial; por la otra, a que en el caso concreto de los menores, la minoría de edad ha sido un argumento que se ha utilizado para negarles ciertos derechos que los inherentes a todas las personas independientemente de su condición legal.

Desde el panorama mexicano, cabe recordar que los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, en términos del artículo 76 fracción I y del artículo 89 fracción X de nuestra Carta Magna, serán la ley suprema de toda unión, es entonces que podemos afirmar que de los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁸, es el instrumento específico más relevante, ya que plantea un conjunto de disposiciones generales relativas a las personas menores de 18 años; Adicionalmente el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha emitido las *Observaciones Generales número 10 y 12*⁷⁹, en las cuales se

⁷⁸ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

⁷⁹ La primera se presentó en el 44° período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño celebrado del 15 de enero al 2 de febrero de 2007. La segunda en el 51° período de

especifican los derechos de los niños y las niñas en cualquier proceso de justicia; Por su parte, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su resolución 2005/20 aprobó las *Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a Niños Víctimas y Testigos de Delitos*⁸⁰, en las cuales se desagrega una serie de principios y prácticas adecuadas (a partir de los derechos) con el fin de garantizar una justicia, eficaz y humana para este grupo de población, para ello la Oficina de las Naciones Unidas, en colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, expidieron dos documentos de gran relevancia sobre los derechos a los que son sujetos un menor en cualquier proceso de justicia.

Por otra parte en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*⁸¹, principal instrumento de carácter vinculante de dicho sistema, alude en su artículo 19 a los derechos de la infancia, lo siguiente:

"Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que en su condición de menor requieren por parte de la familia, de la sociedad y del Estado"

Otra fuente del Sistema Interamericano es la jurisprudencia que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito de los casos relacionados con la infancia, así mismo, las opiniones consultivas.

En suma, en el Derecho Internacional, nos encontramos ante un amplio y constante desarrollo de principios y reglas mínimas, que intiman con los derechos

sesiones del Comité de los Derechos del Niño que se lleva a cabo del 25 de mayo al 12 de Junio de 2009.

⁸⁰ Aprobada por el Consejo Económico y Social en su resolución 2005/20 del 22 de Junio de 2005.

⁸¹ Ratificada por el Estado Mexicano en 1991.

de los menores, y que deben ser tomadas para ser respetados en cualquier sistema de justicia.

Es necesario recordar que en el Derecho Internacional, los Derechos de los menores, tienen como fuentes no solo aquellas normas de carácter obligatorio, sino también instrumentos no vinculantes, como las declaraciones, las reglas generales, los principios y las opiniones consultivas, para entender de lleno este carácter vinculante, resulta beneficioso, reflexionar sobre la figura que atinadamente el Artículo 1º recoge después de la Reforma de Junio de 2011 dos mil once, en el cual se habla de una "interpretación conforme", que señala que todas las normas relativas a derechos humanos (sin importar el rango jerárquico que posean) deberán ser interpretadas a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales; lo que implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad integrada no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales, en virtud del cual se deberá interpretar el conjunto de ordenamientos jurídicos mexicanos; consecuentemente y en atención a la parte final del artículo 133 constitucional, los jueces de cada Estado deben ajustarse a este bloque constitucional y aplicar la Interpretación Conforme⁶², y ejercer control de convencionalidad *ex officio* entre normas internacionales y la Convención sobre los Derechos del Niño.⁶³

A continuación, se hace una breve reseña, del documentos que destaca en trascendencia, porque además de ser un eje rector, es también el más importante antecedente de la protección de los derechos de los menores la Convención sobre los Derechos del Niño.⁶⁴

⁶² Carbonell, Miguel, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades*, Enero de 2014, <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>

⁶³ Sentencia Radilla, Varios 912/2010.

⁶⁴ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

1. Convención sobre los Derechos del Niño

Siendo la Convención de los Derechos del Niño, parte de los instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes que garantizan y protegen los Derechos Humanos, y que tiene por objetivo proteger los derechos de todos los niños del mundo; misma que fue adoptada y abierta a la firma y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por México el 21 de septiembre del mismo año, siendo publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 25 de enero de 1991.⁸⁵

Respecto de la cual, en relación a la Tutela, conviene resaltar que si bien dentro del contenido de la convención, no se hace de manera directa referencia a la Tutela, sin embargo en el preámbulo de la misma podemos leer: *"Los Estados Partes en la presente Convención (...) Recordando que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales..."*; transcripción de la que es claro suponer, que para que un menor pueda gozar de ese derecho a cuidados y asistencia especial, es menester entre otras cosas la existencia de figuras jurídicas, tales como la Tutela, en este mismo tenor de una manera más contundente, dentro del mismo preámbulo encontramos *"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..."*⁸⁶

Aunado a lo anterior, si bien los 54 artículos de los Derechos del Niño que se desprenden de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁶, reconoce a los menores como sujetos de derecho y buscan garantizar a todos los niños del mundo los mismos derechos, dentro del articulado de la citada Convención, encontramos ciertos artículos, que por su contenido en cuanto a lo que nos

⁸⁵ Ibarrola Laura, Guitierrez, Miriám, *La Convencion de los derechos del niño*, Diciembre de 2012, <http://www.derechosdelnino.org/convencion-definicion/>

⁸⁶ Ratificado por el Estado Mexicano el 21 de Septiembre de 1990.

interesa en el presente Capítulo, merecen especial cuidado, pues parecería fueron redactados a favor de la tutela y representación del menor, en atención al Interés Superior del Menor.

El primer artículo que dentro de los que nos interesa destaca, es el Artículo 3°, que en el primero de sus apartados claramente señala que se tiene que dar una consideración primordial al Interés Superior del Niño, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos; en consecuencia en el contenido de su apartado segundo establece que los Estados, al formar parte de este Convenio, se comprometen a asegurar a los menores la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, en el entendido que para ello se deberán tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Otro de los artículos que tiene que ser enfatizado, es el Artículo 5°, que si bien no es extenso, de su contenido se desprende una de las nociones cardinales que ampara la Convención, siendo esta la obligación que confiere a los Estados partes, de respetar los derechos y los deberes de los padres, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención, es decir este numeral quinto, exige por parte de los Estados adheridos, que se genere un estado propicio en el que los padres como tutores de los menores, coadyuven a crear un escenario en el que los menores logren ejercer y sus derechos, deseos y necesidades particulares.

En tercer lugar, pero no de menor importancia, destaca el Artículo 18°, que en su primer apartado marca que para ambos padres o en su caso también para los representantes legales, en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, debe ser su preocupación fundamental el Interés Superior del Niño, criterio que se ve fortalecido por el contenido del apartado segundo del artículo en estudio, al establecer que los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y

a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

En el mismo orden de ideas, tenemos el artículo 20°, que específicamente habla de menores que requieren de una Representación Legal, señalando que no obstante que se encuentren de manera temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado.

Finalmente el artículo 27° compuesto de tres apartados, puntualiza que tanto los padres como las personas encargadas de los menores, le pare responsabilidad respecto a propiciar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para que reciba un nivel de vida adecuado tanto físico, mental, emocional, moral y socialmente, en virtud de ellos el Estado tendrá que adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres o personas responsables del menor, a dar efectividad a sus derechos, en el entendido de que, de ser necesario, proporcionara asistencia mental y programas de apoyo.

De los artículos transcritos estudiados en líneas anteriores, se anota que los niños, es decir - todo ser humano menor de dieciocho años de edad- tiene derecho a gozar de una vida adecuada, para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, para lo cual se tendrán que tomar las medidas necesarias encaminadas a propiciar la protección, el cuidado y bienestar, en lo cual deberá intervenir el estado, los padres, tutores o demás personas responsables de los menores; de esta manera tal que se colige que la figura de la tutela está reconocida a través de la figura de tutor, considerándole una de las instituciones obligadas a brindar asistencia y protección.

b. Orden Jurídico Interno

Al referirnos al Derecho interno, en relación al marco jurídico de la tutela sin duda alguna, el primer cuerpo normativo que debemos atender es el ordenamiento Constitucional, en el que aun cuando no se destina un precepto de manera exclusiva a la Tutela, si podemos encontrar relación atendiendo el contenido del reformado artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a propósito de la Tutela dispone:

"...En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez..."

Con esta reforma al artículo 4º se incluye de manera explícita en la Constitución el principio de Interés Superior del niño, como marco de actuación de los distintos órganos del Estado y niveles de gobierno, además de ser el fundamento que deberá guiar en el impulso de políticas públicas para la infancia, en aras de la ejecución de una tutela efectiva a favor de los menores.

La primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación ha establecido en tesis que el Interés Superior del Niño, es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de las personas menores de 18 años previstos en el artículo 4º constitucional, puesto que en el

dictamen de la reforma constitucional que dio lugar al actual texto del citado artículo, se reconoce expresamente que uno de los objetivos del órgano reformador de la Constitución era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país en materia de protección de los derechos de los menores.⁸⁷

Por otra parte, con el objeto de garantizar a los menores, la tutela y el respecto de sus derechos reconocidos en la Constitución⁸⁸, el 29 de Mayo de 2000 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*; esta Ley dispone que esta protección tutelar tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente e condiciones de igualdad.⁸⁹

Establece también que las normas aplicables a los menores, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo pleno dentro de un ambiente de bienestar, consecuentemente el ejercicio de los derechos de las personas adultas no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de los menores.⁹⁰

A la publicación de esta Ley Federal siguió la de las leyes correspondientes en las entidades federativas⁹¹, de igual forma en las legislaciones civiles, tanto federales como locales, se prevé de manera detallada lo relativo al interés Superior del Niño y a la Tutela.

⁸⁷ Tesis Aislada: 1ª XLVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, Abril de 2011, pag.310. Registro IUS: 162354.

⁸⁸ Artículo 1 *Ley para la Protección de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes*.

⁸⁹ Artículo 3 *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*.

⁹⁰ Artículo 4 *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescente*.

⁹¹ Todas las Entidades Federativas del país cuentan con una ley de justicia para adolescentes.

1. Ámbito Federal

En el ámbito Federal, dentro del Código Civil Federal, encontramos el Título Noveno, Libro Primero, artículos del 449 al 640, dedicados a la regulación de la Tutela.

2. Ámbito Local

Mientras que en el ámbito local, dentro del Código Civil para el Estado de Nayarit, encontramos el Título Noveno, artículos 441 a 631, consagrados a normar la Tutela.

Artículos dentro de los cuales entre otras cosas, se regulan los principales aspectos de la tutela como:

1. Disposiciones generales tales como el Objeto de la Tutela.
2. Clases de Tutela: Testamentaria, Legítima y Dativa.
3. Personas que pueden y no pueden desempeñar el cargo de tutor.
4. Excusas para el desempeño del cargo de tutor.
5. Obligaciones y derechos tanto del tutor como del tutelado o pupilo.
6. La manera en la que se debe desempeñar la tutela.
7. Las cuentas que por el cargo de tutor deben rendirse.
8. Causas de extinción.
9. De los Curadores.
10. Consejos de Tutela.

C. Objeto

Desde su creación la tutela ha sido considerada, una herramienta eficaz para brindar protección a los débiles, y en consecuencia un medio de defensa de los

menores e incapaces, no sujetos a la patria potestad, por lo que si bien encuentra su origen sin lugar a duda en la solidaridad humana, que vio la necesidad de brindar protección al que desde siempre han sido un sector desvalido y expuesto a abusos, después encontró su sustento en la norma, al posilvar su existencia.

Su propósito fundamental consiste en ayudar a todo aquel sujeto (menores e incapaces) que debido a la incapacidad de goce, no puede participar directamente en la vida jurídica. Por lo que específicamente, a través de ella se pretende defender y brindar asistencia a aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos.

Lo anterior se asienta, en el artículo 441 del Código Civil para el Estado de Nayarit, mismo que se transcribe enseguida para pronta referencia:

Artículo 441.

El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 405.

Es entonces que de la transcripción de este precepto, se desprende que la tutela persigue principalmente tres objetivos.⁹²

⁹² *Op.cit*, Nota 49, Pág. 338-339.

1. Cuidado de su persona. Siendo este objetivo el principal deber del tutor, se busca que el menor o incapaz reciba protección y asistencia adecuada, en lo que tiene que ver con su persona, lo cual implica que se vele su bienestar social, se propicie su desarrollo físico, mental, espiritual y moral, se salvaguarden aspectos tales como la integridad, y reciba los cuidados necesarios inherentes a su edad o condición.
2. Cuidado de sus bienes. Otra de las obligaciones del tutor, es administrar el patrimonio, y a su vez buscar el mayor rendimiento de sus bienes, por lo que debe realizar todas las conductas tendientes a que sus partencias no sólo se conserven, sino que se acrecenté a través de su buen manejo.
3. Representación legal. Ya que las personas sujetas a tutela tiene capacidad de goce mas no así de ejercicio, ello implica que el menor o incapaz se encuentre imposibilitado para hacer valer sus derechos o bien para cumplir con sus obligaciones, por lo que su actuar se verá reflejado a través de su tutor, quien tendrá la obligación de actuar a su favor y en su nombre, o bien única y exclusivamente ejercer su representación interina, cuando así lo disponga la ley.

Con la finalidad de brindar un concepto más acerca del objeto de la tutela, se transcribe un criterio aislado emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

TUTELA, OBJETO DE LA.- El Objeto de la tutela, es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente una, para gobernarse

*por sí mismos, o bien, la representación interina del incapaz, en los casos especiales que señale la ley.*⁹³

D. Sujetos

Hemos dicho a lo largo de este trabajo que la tutela es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los menores e incapaces no sujetos a patria potestad, lo que por añadidura nos hace plantearnos que, si la tutela es una institución jurídica, debe entonces estar integrada por órganos que la estructuren, regulen y pongan en práctica.

a. Tutelado o Pupilo

El tutelado o pasivo es el sujeto pasivo, es decir el menor o incapaz sobre el cual se ejerce la tutela.

Para lo cual cabe determinar quiénes, son considerados para el derecho, menores de edad o mayores incapaces, para lo cual abra partir de la máxima de que en principio toda persona es capaz, excepto aquellas que específicamente señale la ley como incapaces.⁹⁴

Son menores de edad, toda persona que no ha alcanzado la mayoría de edad, que no ha cumplido dieciocho años, tal y como lo indica el artículo 634 del código Civil para el Estado de Nayarit. Por lo que se trata de sujetos que por su minoría de edad, no cuentan con madurez mental, y por ende no pueden disponer libremente de su persona y de sus bienes.

⁹³ Tesis Aislada (Civil) IUS. 352,611, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, t. IXXII, Pág. 6328.

⁹⁴ Op. Cit., Nota 43, Pág. 44.

Se considera mayores incapaces, a todo aquel que no obstante alcanzar la mayoría de edad, por circunstancias o condiciones especiales, se encuentran impedidas para actuar conscientemente.

b. Órganos de la tutela

Los Órganos de tutela, son aquellos sujetos que intervienen en el desempeño de la tutela, y cuya función se centra en cumplir los fines de la tutela, siendo cuatro estos órganos a) El tutor, b) El curador, c) El juez de lo familiar y d) Los Consejos Locales de Tutela.⁹⁵ No obstante ser cuatro los órganos integrantes, el más importante, es aquel que cumple con el desempeño de la tutela, es decir el tutor.

1. El Tutor

El tutor es el sujeto activo, es decir es la persona física que desempeña el cargo, ya sea que hubiera sido designado por testamento, por ley o por el juez, y que tiene como principal encomienda la protección de la persona y la administración de los bienes del pupilo⁹⁶; es por ello la figura principal dentro de la tutela, pues no solo tiene que velar y salvaguardar al pupilo sino que también es el encargado de ser el administrador del menor de edad o mayor incapaz.

El tutor es, por tanto, el sujeto designado para cumplir, de manera personal, el objeto de la tutela, esto es, para "proteger a la persona incapacitada y ejecutar los actos de conservación de sus bienes"⁹⁷, siendo considerada su participación dentro del juicio imprescindible, lo cual sin duda alguna queda demostrado con las manifestaciones de los juzgadores, que declararon de manera cotidiana, siempre

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Ibidem*, Pág. 50

⁹⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXIV, Pág. 4605.

realizar designación de Tutor en todos los juicios en los que se ven involucrados menores de edad.

Consecuentemente de lo anterior, considerando los resultados del Anuario Estadístico 2012, realizado por el Poder Judicial del Estado de Nayarit y presentado en el mes de Mayo del año 2013 dos mil trece, tenemos que en Nayarit, el 21% de los Juzgados de Primera Instancia corresponden al Ramo Familiar, por lo que anualmente por cada 1000 habitantes aproximadamente 11 promueven un juicio de carácter familiar, de lo que se colige que en los 1741 nuevos asuntos radicados durante el año 2012 en los juzgados Familiares, en aquellos en que se vieron involucrados Menores de Edad, invariablemente se nombró Tutor.⁹⁸

Finalmente, resulta necesario precisar, que si bien el artículo 453 del Código Civil para el Estado de Nayarit, señala que la tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa, al hablar de designación de Tutor en juicios de carácter familiar, evidentemente nos referimos a la Tutela Dativa, en la que por no haber tutor testamentario ni persona a quien conforme a la Ley corresponda la tutela legítima, es el Juez quien tiene la obligación de nombrar Tutor.

2. El Curador

La palabra curador viene del latín *curator* que, a su vez deriva de *curare*, que significa cuidar.⁹⁹

Se trata en opinión de Rendón Ugalde de la persona, "que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado,

⁹⁸ Poder Judicial del Estado de Nayarit, Anuario Estadístico 2012, 25 de mayo de 2012.

⁹⁹ Op. Cit., Nota. 53, Pág. 531

dentro o fuera de juicio, en el caso de que sus intereses estén en oposición con los del tutor".¹⁰³

Por lo que se puede entender que básicamente son dos las funciones del curador, respaldar al menor o incapaz cuando sus intereses se encuentran en contraposición con los del tutor, y vigilar el actuar del tutor; si bien su existencia ha sido puesto en duda, puesto que muchos autores le consideran una figura inútil, resulta ser un franca verdad, hablando específicamente de la legislación local, que al no existir tangiblemente los Consejos de Tutela, el curador se ha convertido en el único órgano que trabaja en pro de bien de pupilo aun por encima de su propio tutor.

3. El Juez de lo Familiar

Los Jueces de lo familiar, son a quien la ley confiere facultades en todos los asuntos del orden familiar en los que, por la naturaleza de la controversia es necesario nombrar tutor a favor de menor o incapaz, siendo un órgano jurisdiccional, le corresponde intervenir en todos los asuntos concernientes a los derechos personales del tutelado, estableciéndose su competencia en el artículo 624 del Código Civil para el Estado de Nayarit.

Artículo 624.

Los Jueces de Primera Instancia del ramo Civil y los jueces Mixtos de Primera Instancia, son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una sobrevigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes.

¹⁰⁰ Op. Cit., Nota 59, Pág. 55.

c. Consejos Locales de Tutelas

Si bien los deberes, facultades y obligaciones del tutor, resultan de la ejecución de un deber de solidaridad, en algunas ocasiones, los menores o incapaces, son dignos de ser tutelados en sus derechos y bienes, por la sociedad, a través de instituciones públicas especializadas en la protección y defensa de sus derechos.

Un ejemplo claro de dichas instituciones públicas son los Consejos Locales de Tutelas, entendido como un órgano de vigilancia y de información, que, además de las funciones que expresamente se le asignan, deben de dar cumplimiento a las contenidas el artículo 623 del Código Civil para el Estado de Nayarit.

Artículo 623.

El Consejo Municipal de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información, que, además de las funciones que expresamente le asignan varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

I.- Formar y remitir a los Jueces de Primera Instancia del Ramo Civil y Mixtos de Primera Instancia una lista de las personas del municipio que por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar, la tutela, para que dé entre ellas se nombren los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al Juez.

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

III.- Avisar al Juez de Primera Instancia cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes.

IV.- Investigar y poner en conocimiento del Juez de Primera Instancia que incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos;

V.- Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 528;

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



SISTEMA DE BIBLIOTECA

Los Consejos Locales de Tutela, tiene como principal función velar por el bienestar de los incapaces que están o deben estar sujetos a tutela, ya que no solo verifican las actividades llevadas a cabo por los tutores, sino que también establecen que personas, por su aptitud legal y moral, pueden desempeñar el cargo de tutor.

Es de precisar que aun cuando la legislación sustantiva civil suele establecerse que en cada Municipio debe existir un Consejo Local de Tutelas, no existe precepto legal alguno que ordene el establecimiento de este; esta inexistencia del Consejo de Tutelas es una contrariedad jurídica que no solo está presente en los Municipios de nuestro Estado, sino que también existe en otros Estados como por ejemplo Campeche, Chiapas, Coahuila, Durango, Estado de México, Guanajuato, Michoacán, Querétaro, San Luis Potosí, Tabasco y Zacatecas.¹⁰¹

¹⁰¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Derecho Familiar. "Tutela"*, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación, 2012, Vol. 6, Pág. 50.

Autores como Aguilar Gutiérrez, propone que los únicos órganos de desempeño de la tutela deberían ser el tutor y los Consejos, para la protección de los incapaces, con las atribuciones que les señale el Código Civil.¹⁰²

Organismos fantasmas, es la denominación que atañe Antonio de Ibarrola al hablar de los Consejos de Tutela, en virtud de que si bien es cierto se encuentra jurídicamente contemplado su existencia, e incluso previstos en el propio Código Civil, aspectos tales como su creación, estructura, facultades, obligaciones, cierto también es que en la práctica de esta institución tutelar de menores e incapaces, no ha logrado despertar en los ayuntamientos, el interés necesario para que se discuta y aprueba mediante las sesión de cabildo su creación; no obstante que, para los jueces de primera instancia del Ramo Familiar la designación de tutores, es un tarea diaria que se ha convertido en un menester complicado, dado que al no existir el listado de los ciudadanos que integran del Consejo de Tutela, de la cual se pueda seleccionar y designar como tutor a una persona idónea y apta para ostentar este cargo, con regularidad se confiere el cargo de tutor al Procurador de la Defensa del Menor y la Familia, representante social que si bien es cierto tiene injerencia amplia en la defensa de los derechos de menores e incapaces, es de precisar que su función principal estriba única y exclusivamente en la prestación organizada, permanente y gratuita de servicios de asistencia jurídica y de orientación social a menores, ancianos y minusválidos sin recursos, así como la investigación de la problemática jurídica que les aqueja, por lo que la tutela de los derechos y bienes de menores e incapaces, es una obligación que por costumbre se le ha encomendado, sin que el cumplimiento de esta responsabilidad sea partes de sus funciones como procuradora.

Virtud de la ficción que rodea a los Consejos de Tutela en la realidad jurídica, es que no resulte sorpresivo, que al encuestar a los empleados jurisdiccionales de

¹⁰² Antonio Aguilar Gutiérrez, *Bases para un anteproyecto de Código Civil uniforme para toda la República*, citado por, Rendón Ugalde, Carlos Efrén, *La Tutela*, México, Editorial Porrúa, 2001, Pág. 55-56.

los tres juzgados de primera instancia, especializados en Derecho Familiar en el Estado, acerca de su conocimiento sobre la existencia del Consejo de Tutela Local, más del 80% de los funcionarios manifestaran total desconocimiento acerca del tema.

Dicho resultado elucida de manera evidente, porqué se nombra en todos los casos como Representante de los Menores en juicio a la Auxiliar de la Defensa del Menor y la Familia, aun cuando no se considere Adecuado el desempeño de la Tutela y no se aplique el Interés Superior del Niño, ya que se desconoce lo que es el Consejo Municipal de Tutela, de ahí que esta figura haya caído en desuso total, al grado de que en el Municipio de Tepic, no se cuente con un Consejo Local como lo señalan los Artículos 622 y 623 del Código Civil para el Estado de Nayarit.

Es tal la poca importancia que se le ha dado a esta figura, que incluso en la Presidencia Municipal de Tepic, Nayarit, al solicitar informes sobre la existencia de este órgano municipal, confesaron desconocer su necesidad, aduciendo que en la próxima reunión de cabildo, se pondría a consideración el tema; situación que sin duda alguna, deja a los menores e incapaces en un completo estado de vulnerabilidad social, ya que si el Juez de lo familiar solo tienen la obligación de dictar las medidas necesarias para que el tutelado no sufra perjuicio alguna en su persona o sus interés, mientras no se le sea nombrado tutor, se puede concluir que una vez designado tutor a su favor, automáticamente la protección y amparo de este corre a cargo de su tutor, quien desde ese momento será quien tendrá la obligación de gestionar lo necesario para garantizar la salvaguarda de sus intereses.¹⁰³

¹⁰³ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. IXXII, Pág. 6328, Reg. IUS. 352,611.

CAPITULO TERCERO DE LA REPRESENTACIÓN

La palabra menor, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad establecida para el pleno y amplio ejercicio de sus derechos y las correspondiente consumación de sus deberes y responsabilidades; regularmente en esta frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos y la capacidad de ejercicio. Es conocido, que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años de edad, y ello implica una presunción legal de capacidad en virtud de la cual se es capaz de actuar a nombre propio.

Hasta adquirir la mayoría de edad, los menores se encuentran, bajo la protección de sus padres, quienes son los titulares de la patria potestad y por ende sus representantes legales, no obstante ello, en ocasiones los padres e hijos se encuentran en situaciones en los que se tienen interés contrapuestos, para cual existe la Representación Tutelar a través de órgano jurisdiccional.

Al respecto de la Representación, La Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la siguiente Tesis Aislada, señala:

MENORES, REPRESENTACIÓN DE LOS. CUÁNDO ES INNECESARIO QUE SE NOMBRE TUTOR ESPECIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Conforme a los artículos 396, 407 y 422 del Código Civil del Estado de México, la patria potestad es la institución que ejercen los padres y a falta de éstos los abuelos, sobre la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados. Quienes la desempeñan tienen la administración de los bienes y la legítima representación del incapaz; sin embargo, en los casos en que los ascendientes que ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, serán éstos

representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el Juez; no obstante, si son dos personas las que ejercen la patria potestad (padres) y sólo hay conflicto respecto de uno de ellos, el otro representará al menor y no será necesario el nombramiento de un tutor interino, como lo invoca el último de los numerales mencionados, por tanto, la madre en ejercicio de la patria potestad puede perfectamente representar a sus menores hijos y accionar en contra de su ex esposo y padre de éstos, cuando ambos en el convenio de divorcio voluntario determinaron donar los bienes de la sociedad conyugal a los menores y luego el padre se niega a otorgarles la escritura respectiva, pues en tal hipótesis es implícita la voluntad de la madre de cumplir con su obligación en favor de los hijos y válido que obligue a su cumplimiento al ex cónyuge, siendo innecesario el nombramiento de tutor para ese efecto en favor de los menores, pues quién mejor que la madre para ello, que tácitamente está aceptando su obligación y, de esa manera, no tiene un interés contrario a sus hijos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO

*Amparo directo 980/97. María Isabel García de la Rosa y coags. 28 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Agustín Archundia Ortiz.*¹⁰⁴

La forma de representar a los menores de edad es a través de la patria potestad, que pueden ejercer padres o abuelos (éstos últimos a falta o por imposibilidad de ambos padres), o en su caso el adoptante; o bien, a través de la tutela, es decir, que si bien los menores pueden tener una amplia esfera de

¹⁰⁴ Tesis IIA 2º C. 91 C., Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Marzo de 1998, Pág. 800.

derechos y deberes, el ejercicio o cumplimiento de los mismos debe darse a través de la representación derivada de la patria potestad o de la tutela.¹⁰⁵

A. Representación

Como ya se hizo mención en esta investigación, uno de los caracteres de las personas es la capacidad, la cual se puede ser capacidad de goce o capacidad de ejercicio. La primera de ellas, implica la aptitud para ser titular de derechos y deberes; la cual no implica demasiadas restricciones tratándose de menores de edad, excepto por algunos aspectos de sus derechos de familia. La segunda, es la aptitud para hacer valer los derechos y cumplir las obligaciones por sí mismos, sin necesidad de ser representados; sin embargo los menores tienen total incapacidad de ejercicio, salvo los emancipados, quienes la adquieren pero con ciertas restricciones.¹⁰⁶

Por otra parte, disponen los artículos 441 y 442 del Código Civil para el Estado de Nayarit, que los menores de edad, entre otros sujetos, tienen incapacidad natural y legal. En tal sentido, es de afirmarse que los menores de edad, tienen incapacidad de ejercicio, pues requieren ser representados para que los actos jurídicos que realicen sean plenamente válidos.

Es así, que se entiende por representación: el acto de representar o la situación de ser representado. Sustituir a otro o hacer sus veces.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Contreras López, Miriam Elsa, *Análisis de la representación de los menores en la Ley de Responsabilidad Juvenil del Estado de Veracruz*, <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/16/econtreras16.pdf>

¹⁰⁶ Rico Álvarez, Fausto, *De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, Ed. Porrúa, México, 2006, Pág. 35- 46.

¹⁰⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, 2002, Tomo VI, Q-Z México, UNAM, 2002, Pág. 236.

La representación, en sentido general, es un fenómeno jurídico que implica la actuación a nombre de otro, en el campo del derecho, al existir en el mundo de los hechos, la realidad innegable de la cooperación entre las personas, surgió a la vida jurídica la institución de la representación, en virtud de la cual una persona, llamada representante realiza actos jurídicos en nombre de otra, llamada representado, en forma tal que el acto surte efectos en forma directa en la esfera jurídica de este último como si hubiera sido realizado por él, de este modo los derechos y obligaciones emanadas del acto jurídico de que se trate, se imputan directamente al representado.

La representación supone, pues, que una persona que no es a quien corresponden los intereses jurídicos en juego, ponga su propia actividad, al servicio de tales intereses ajenos, realizando un acto jurídico a nombre de la persona a quien pertenecen.

Son muchas las teorías que han sido esbozadas para explicar el fenómeno de la representación, no obstante ello los autores generalmente no la definen, sino que prefieren limitarse a describir sus efectos, diciendo que merced a ella las declaraciones de voluntad del representante producen sus efectos directamente para el representado.

Si bien la causa o explicación científico-jurídica de la representación no ha sido formulada, unánimemente por los tratadistas. Puede, sin embargo, explicarse satisfactoriamente la institución que se comenta, como lo hace Alfredo Rocco, partiendo de la consideración de que el derecho atribuye efectos jurídicos a la voluntad humana en la medida en que ésta es exteriorizada y se propone fines lícitos, fines que constituyen intereses jurídicamente tutelados. Así, cuando el fin perseguido por una voluntad reúne los requisitos de licitud y exteriorización, nada se opone a que el derecho lo reconozca y tutele, atribuyéndole Servicio de Investigación y Análisis, los efectos jurídicos buscados por el agente de la voluntad. Para que esto suceda, se requiere que el declarante (representante)

esté autorizado para obrar por otro (representado) y que esta autorización esté exteriorizada.

En razón de su finalidad, la representación se divide en dos clases: voluntaria y legal.

a. Representación Voluntaria

La representación voluntaria existe cuando mediante una declaración de voluntad se faculta a otro para actuar a nombre y por cuenta propia. Esta declaración puede ser unilateral del representado, mediante un poder que debe distinguirse del contrato de mandato, con el usualmente se le confunde a causa de la errónea conceptualización que de ambas figuras hacen los códigos civiles; también puede constituirse representación mediante contrato, como el de comisión mercantil.

b. Representación Legal

La representación legal, como su nombre lo indica, dimana directamente de la ley; tal es el caso de la representación de los incapaces, que la ley confiere a las personas que los tienen a su cuidado, a través de las instituciones de la patria potestad y la tutela. En estos casos las facultades de que se encuentra investido el representante, nace en forma directa de la ley.

Bien vale la pena, hacer notar que existe una situación intermedia entre las representaciones voluntaria y legal, que algunos autores identifican con esta última, a pesar de la clara diferencia que las distingue. Se trata de la representación de las personas morales por parte de sus administradores y gerentes.

Independientemente de las muy diversas teorías que se han elaborado para explicar el fenómeno de la representación y sin perjuicio de la conceptualización que se haga del fenómeno representativo, es posible observar una serie de consecuencias que algún autor califica como "objetivas" y que se desprenden de

la mecánica misma de la representación, es decir, aceptando que en todo fenómeno representativo existe siempre, por un lado, un "representante" que actúa personalmente y, por otro, un "representado", en cuya esfera jurídica se producen los efectos legales del acto de que se trate.

En virtud de que los efectos legales consecuencia de las decisiones que toma el representante, afectan perpetuamente al representado, la legislación Nayarita en la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y los Adolescentes del Estado de Nayarit, dedica un Capítulo Único dentro del Título Segundo denominado De las Obligaciones de los Representantes de Niñas, Niños y Adolescentes, el cual tal y como se nombre lo indica habla exclusivamente de los deberes inherentes a la figura del tutor de menores, señalando que es obligación de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

1. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

Para los efectos de este precepto, la alimentación comprende esencialmente la satisfacción de las necesidades de comida, habitación, educación, vestido, asistencia en caso de enfermedad y recreación.

2. Protegerlos contra toda forma de maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. Lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes no podrán al ejercerla atentar contra su integridad física o mental ni actuar en menoscabo de su desarrollo.

B. La Representación por parte de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia

a. Antecedentes

En los antecedentes del Ministerio Público, se puede constatar la intervención de una instancia dependiente del poder público interesada en la protección de los menores, siendo Francia el país en donde se sitúa el origen de esta institución, estableciéndose en 1449 en una ordenanza a *gens du roi*, encargados de la defensa de los interés del príncipe y el Estado, comprendido como tales entre otros, la protección de viudas y huérfanos.

De Europa, en específico de España la institución se trasladó al México Colonial, en donde la Real Audiencia de México establece dos fiscalías, una civil y otra criminal. Es así que las Constituciones de 1824 y 1857 contemplan las figuras de procuradores y promotores, con funciones limitadas a la protección de ciertas clases de individuos, como lo son viudas, ausentes, menores e incapaces.¹⁰⁸

En el Estado de Nayarit la Procuraduría de la Defensa del menor y la Familia depende del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia Nayarit y forma parte de las Autoridades del mencionado Organismo, y su creación se fundamenta y es reglamentada por la Ley que creó la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, publicada en el Periódico Oficial del Estado de Nayarit el sábado 31 de Diciembre de 1977, misma que se compone de 13 trece artículos, que contiene las facultades, estructura, compasión y obligaciones de la Procuraduría.

Esta Ley, al referirse a la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, señala que en el Estado de Nayarit, es un órgano jurídico de carácter público, que tiene personalidad para representar a menores de edad ante las diversas

¹⁰⁸ Brena Sesna, Ingrid, *Intervención del Estado en la Tutela de Menores*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, Pág. 109

autoridades, para lo cual precisa que, debe entenderse por menor en el ámbito civil y penal, el adolescente que no ha cumplido dieciocho años.

Respecto a la sus funciones de tutela a favor de menores, la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, es concebida como un órgano tutelar que se apersonará ante las Instituciones especiales, para el tratamiento de menores infractores a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así mismo además de la expresada representación legal subsidiaria de menores, la Procuraduría está facultada para intervenir en toda clase de situaciones conflictivas o que afecten el bienestar de la familia; por lo que entre otros casos, está obligada a gestionar y asegurar la subsistencia así como el adecuado desarrollo físico e intelectual de los menores.

Al encontrarse dentro del ejercicio de sus funciones la obligación de gestionar y asegurar el adecuado desarrollo físico e intelectual de los menores, la Procuraduría fue pensada y creada como una institución de interés público, por lo que en el desarrollo de sus actividades, comparte una relación bilateral de asesoría y auxilio con las Autoridades Federales, Estatales y Municipales; consecuencia de esta tarea compartida, las autoridades Judiciales del Estado tiene el deber de dar intervención a los Procuradores de la Defensa del Menor y la Familia o a sus Delegados, en aquellos asuntos relativos a la Familia o a los Menores, de carácter civil o penal, cuando se consideren de interés social, por lo que en el caso concreto los Procuradores o sus Delegados podrán aportar pruebas para que el Juez o Tribunal conozcan la verdad sobre los puntos controvertidos, no convirtiéndose en parte de la litis, sino buscando conciliar los intereses e intentando mejorar las relaciones entre los miembros de la familia, con objeto de lograr su cabal integración armónica dentro de la comunidad.

En atención de lo antes comentado, es preciso hacer la siguiente reflexión, si la Procuraduría de la defensa del Menor y la Familia ha sido concebido como un ente tutelar, que conlleva una función gestora del bienestar social, facultado para gestionar y asegurar la subsistencia y el adecuado desarrollo físico e intelectual de

los menores, es entonces que dicho órgano jurídico de carácter público, en virtud de su amplia personalidad para representar a menores en el ámbito civil y en apego a las facultades conferidas a su favor, tendría que ser por excelencia el sujeto encargado de la salvaguarda de los derechos inherentes a los menores de edad, y por ende uno de los principales conocedores de principios como el Interés Superior del Menor, por ser el encargado de proteger a niños y adolescentes involucrados en controversias del orden familiar.

Conociendo ahora la existencia de la ley que creo en 1977 la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, es que resulta comprensivo que en los juicios de carácter familiar en los que se ven involucrados menores de edad, los funcionarios jurisdiccionales perpetuamente opten por designar al Procurador de la Defensa del Menor y la Familia como Tutor, dato que se desprende del resultado obtenido de la encuesta practicada a los Juzgados de primera instancia especializados en materia familiar en el Estado, de la cual se presentan los resultados al final del presente estudio de investigación.

Así mismo al hablar de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, se hace necesario evocar la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y los Adolescentes del Estado de Nayarit, dentro de la cual encontramos el Título Sexto dedicado exclusivamente a este Órgano, título conformado por diversos artículos de entre los cuales destacan los numerales 75 y 76, por, señalar que sin perjuicio de las facultades que le otorguen otras leyes, la Procuraduría, actuará de manera subsidiaria cuando no exista quien represente legalmente a las niñas, niños y adolescentes en el Estado o bien que por su estado de desamparo solicite su intervención para la salvaguarda de su derechos, como instancia especializada con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de los derechos consignados, y para ello tendrá las siguientes atribuciones:

1. Conciliar en casos de conflicto en el núcleo familiar, cuando se vulneren los derechos de las niñas, niños y adolescentes;

2. Promover la participación de los sectores público, social y privado en la planificación y ejecución de acciones a favor de la atención, defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;
3. Asesorar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado en lo relativo a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;

En consecuencia, si bien de la Ley que crea La Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado de Nayarit y de la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y los Adolescentes del Estado de Nayarit, se desprende que La Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, es el órgano jurídico de carácter público, con personalidad para representar a menores de edad y se apersonará ante las Instituciones especiales¹⁰⁹, cierto también que no obstante a ello, encontramos una inaplicación constante del artículo 492 del Código Civil para el Estado de Nayarit, que señala quienes, además de la Auxiliar de la Procuraduría, puede ser nombrados tutores, sin que al efecto, como se ve del resultado de esta pregunta, exista caso alguno en el que se nombre persona distinta como Tutor, ello no obstante que de la multicitada encuesta de investigación, la mayoría de los funcionarios encuestados se expresara de manera negativa, respecto al desempeño de la Procuradora de la defensa del menor y la Familia como tutor.

Sin embargo, aun cuando se considera inadecuado su desempeño como Tutor, se continua designándole como Representante de los menores en juicio, sin perjuicio de que en el Artículo 495 del Código Civil para el Estado de Nayarit en su fracción II, señala que deben ser separados de la tutela, los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado, sin que en ningún caso se haya

¹⁰⁹ <http://www.dif.nayarit.gob.mx/marconor/16.pdf>, Octubre 2013, 11:10 horas.

tomada la determinación de invocar el contenido de dicha fracción en pro de los Menores de Edad.

Lo que indudablemente nos guía a la necesidad de que figuras como el Consejo de Tutela Municipal sea legitimado materialmente, y de esta manera los Funcionarios Judiciales tengan mayores armas, ya se para designar a persona distinta, o bien para que se exija del Auxiliar de la Procuraduría, una participación más activa y eficiente.

b. Obligaciones

Las obligaciones de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia consisten en la prestación organizada, permanente y gratuita de servicios de asistencia jurídica y de orientación social a los menores, ancianos y minusválidos sin recurso, así como a la investigación de la problemática jurídica que les aqueja, especialmente la de los menores.

Los servicios asistenciales que en materia jurídica preste la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia son fundamentalmente los siguientes:

1. Divulgación y enseñanza de las Instituciones jurídicas emanadas del pueblo e instituidas en su propio beneficio, teniendo como fundamento la tesis de que la ignorancia del Derecho no exime de su obligatoriedad.
2. Brindar Asesoría jurídica a la comunidad en general a través de pláticas de orientación, conferencias y cursos, a efecto de que se conozcan los derechos y obligaciones de los ciudadanos y los mecanismos que procuran su respecto.
3. Desahogar consultas jurídicas y en cada problema concreto, lo resolver o canalizar a las autoridades, correspondientes explicando a los interesados el fenómeno que les afecta.

4. Representación judicial o administrativa cuando se afecten los intereses legales de los menores, ancianos, minusválidos o cuando se atente contra la seguridad o integridad familiar.
5. Supervisar a través de los Consejos Locales de Tutela las funciones que desempeñan los tutores y curadores.¹¹⁰

c. Generalidades

Su actividad le ha convertido en un órgano especializado en derecho familiar, por lo que con frecuencia interviene en juicios relativos a alimentos, adopción de menores o incapacitados, rectificación de actas, divorcios, maltrato a menores y en general en todos los problemas inherentes a la familia.

Esto le ha permitido realizar estudios específicos sobre la materia y establecer a nivel nacional, la unificación de criterios sobre tópicos de interés en la legislación familiar, y en cumplimiento a la política del Ejecutivo Federal, existen en todas las entidades de nuestro país, Procuradurías de la Defensa del Menor y la Familia dependientes de los DIF estatales.¹¹¹

¹¹⁰ Claudia Gamboa Montejano, Claudia, Valdés Robledo, Sandra, Derechos de las Niñas y los Niños Principales Ordenamientos que Los regulan, especialmente La representación y Defensa Legal, Julio 2005, <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/5pi/DPI-ISS-06-05.pdf>.

¹¹¹ Berumen Paulín, Carlos E, *Funciones de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/434/26.pdf>

VI. CONCLUSIONES

En vista del contenido del estudio de investigación presentado, y particularmente de los resultados obtenidos de las encuestas practicadas a los funcionarios jurisdiccionales integrantes de los Juzgados de Primera Instancia especializados en Materia familiar, la sustentante arriba a las siguientes conclusiones:

1. Sin lugar a duda la Hipótesis planteada ha sido comprobada, en primer término porque, una vez plasmado el panorama teórico-jurídico de lo que la representación de menores en juico debe ser y de la realidad material que prevalece en los juzgados, se vislumbra un abismo al momento de ser comparados, no solo por el hecho de que los menores no ven adecuadamente salvaguardados sus derechos e interés al no gozar de una tutela efectiva, sino también por el desempeño de los ejecutores y vigilantes del cumplimiento de la norma, que por lo que ve a la representación de menores han sido tibios e incluso omisos en el cumplimiento de su funciones, así mismo en segundo término y en relación al Interés Superior de Niño, si bien existen Convenios, Tratados y demás disposiciones legales que además de exhortar obligan a los funcionarios a preponderar este principio de un modo prioritario, cierto también es que pensar en menores de edad como titulares de derechos subjetivos, aún no ha logrado permear del todo en los criterios jurisdiccionales de los juzgadores.
2. En tanto dentro de los juzgados o tribunales no pueda ser proporcionada asistencia de profesionales capacitados para brindar una tutela de calidad a los menores, no se podrá participar de procesos de justicia efectivos.
3. En una nación en la cual, es una realidad que de manera sistemática se violan los derechos y en donde los mecanismos políticos y sociales

de protección son tan débiles, debería la representación de los menores en juicio, a través de la tutela y en atención del Interés Superior del Niño, ser un alivio para una parte importante de la población, como en la especie los son los menores de edad involucrados en juicios.

4. No obstante, la bondad que tendría que ser inherente a la representación de los menores en juicio, ésta no ha estado exenta de abusos; sobre todo cometidos por abogados corruptos, (ya que parte importante de los problemas de la representación proviene de la falta de regulación y de control que existe acerca de la adecuada representación de los menores en juicio), por padres abstraídos por sus propios conflictos, por funcionarios jurisdiccionales distraídos, inescrupulosos o poco preparados, por Auxiliares de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familiar desinteresados o rebasados por el exceso de carga laboral, y finalmente por el Ayuntamiento Municipal que no considera de relevancia la creación del Consejo de Tutela Local, lo que sin duda alguna, ha generado un escenario de obvio transgresión a los derechos de los menores, en una época en la que las condición social y jurídica de los niños han sido por largo tiempo un asunto de interés por parte de la comunidad internacional, en la que la defensa de los derechos ha pasado de ser de un tema en boga a una supuesta realidad legitimada con principios garantistas como lo es el interés Superior del Menor, que a final de cuentas a resultado en la practica un tema poco explorado y escasamente aplicado.

6. La atmósfera existente, evidencia la necesidad de realizar investigaciones empíricas que muestren la dimensión real de los problemas, es decir que exponga las decisiones erráticas tomadas en relación a la representación de los menores en juicio, la necesidad de considerar el Intereses Superior del Niño dentro de los procesos jurisdiccionales, la carencia de justicia en la relación Estado y

menores, la amenaza que representa la ineffectividad del modelo de protección integral de los derechos de los menores, revela el ejercicio del poder discrecional por parte de los órganos encargados de ponerle en funcionamiento, el poder coercitivo bajo el sistema tutelar, la plena libertad para manejar la norma jurídica navegando cómodamente en la laguna de vaguedad irresponsablemente establecida por la falta de un Consejo de Tutela, la necesidad de atender la Doctrina de la Situación Irregular, todo ello con la única intención de fortalecer las prácticas tutelares y controlar la violencia procesal ejercida con los menores, lo que significaría pasar de una concepción de los menores como objetos de tutela, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho, entendido el Interés Superior del Niño como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los menores frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos.

7. No es posible seguir sosteniendo una noción vaga de la Representación de los Menores en Juicio, ignorando el deber del Estado frente a los niños, es entonces que resultaría eficiente reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública, y a su vez, asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños a través de órgano de vigilancia e información con las aptitudes legales y morales para cuidar el adecuado desempeño de la representación a través de la tutela.
8. Sin duda, al organizarse las nuevas bases sobre la defensa de los menores, se busco hacer efectivo, en una nueva legislación, el paradigma *ius humanista*, procurando que se atendiera preferentemente a los menores, y al efecto se instituyeron órganos especiales, tales como los Consejos Locales de Tutela, para que velaran sobre la persona o bienes, imponiéndose al estado la

obligación de tener en cuenta primordialmente al "Interés Superior del Niño", de modo, que este concepto pasaría a ser la cúspide del orden jurídico cuando se aplica a la infancia, consecuentemente se deben crear las condiciones para ello, en apego a las características específicas de su desarrollo psicosocial, en el entendido de que las normas destinadas a este grupo deben tener un sentido de protección, encaminadas a lograr el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades y el desarrollo armónico de su personalidad, con irrestricto respecto a su dignidad como ser humano, preponderando el acceso a una justicia especializada, de conformidad con la normatividad nacional mexicana y con los instrumentos internacionales para quien la condición social y jurídica de los menores ha sido por largo tiempo un asunto considerado de mayor Interés.

VII. FUENTES DE CONSULTA

A. Bibliografía

Aguilar Gorronzona, José Luis, *Teoría General de la Tutela de Menores en el Derecho Venezolano*, Caracas, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, Colección de Estudios Jurídicos, 1957, Vol. XX.

Aguilar Gutierrez, Antonio *Bases para un anteproyecto de Código Civil uniforme para toda la República*, citado por, Rendón Ugalde, Carlos Efrén, *La Tutela*, México, Editorial Porrúa, 2001.

Bustos Rodriguez, María Beatriz, *Diccionario de derecho civil*, México, Editorial Oxford University Press, 2006.

Brena Sesna, Ingrid, *Intervención del Estado en la Tutela de Menores*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994.

Cabrera Vélez, Juan Pablo, *Interés Superior del Niño*, Quito, Ecuador, Editorial Cevallos, Editora Jurídica, Enero de 2011.

Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del Niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño en Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogotá-Buenos Aires Argentina, Editorial Temis Depalma, 1998.

Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, México, Editorial Porrúa, 1984.

De Ibarrola, Antonio, *Derecho de familia*, 4a. edición, México, Editorial Porrúa, 1993.

Dutto, Ricardo J. *El mejor interés del niño, la Constitución Nacional y la Jurisprudencia*, Buenos Aires, Argentina, Revista Zeuz. t. 72, N° 55.30. 1996.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, 2002, Tomo VI, Q-Z México, UNAM, 2002.

Gámez Perea, Claudio R., *Derecho Familiar*. México, Editorial Laguna, 2007.

Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, Primer curso. Parte General. Personas. Familia*, citado por, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Derecho Familiar. "Tutela"*, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación, 2012, Vol. 6.

González, Martín, Nuria y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, (coords), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

Lagunes Pérez, Ivan, "Tutela", *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico*

Mexicano, citado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Derecho Familiar. "Tutela"*, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación, 2012, Vol. 6.

López del Carril, Julio J., *Patria potestad, Tutela y Curatela*, citado por, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Derecho Familiar. "Tutela"*, México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación, 2012, Vol. 6.

Navas Navarro S., *Le bien et l'intérêt du mineur dans la société interculturelle, in Le Bien de l'Enfant.*

Ochoa G., Oscar, E., *Derecho Civil I: Personas*, Caracas, Editorial Publicaciones UCAB, 2006.

Rendón Ugalde, Carlos Efreñ, *La Tutela*, México, Editorial Porrúa, 2001.

Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, 2001.

Rico Álvarez, Fausto, *De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, Ed. Porrúa, México, 2006.

Rivera Hernández, Francisco, *El Interés del Menor*, Madrid, Editorial DYKINSON S.L., 2001 Brena Sesma, Ingrid, *El interés del menor en las Adopciones, en Estudios sobre Adopción Internacional*.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, México, Editorial PORRUA, 2006.

Rodríguez, Sonia, *La Protección de los Menores en el Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, 2006.

Saramago, José, *Las Pequeñas Memorias*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Alfaguara, 2007.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Derecho Familiar. "Tutela"*. México. Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación, 2012, Vol. 6.

Vaquero, Carlos, *Menores que cometen delitos. Víctimas, castigos y responsabilidades*. México, Marzo-Abril de 2010, citando a Jean Zermatten, "Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: situación actual y perspectivas", realizada el 1 de noviembre en la Sala Rodolfo Walsh, Rosario.

Weinberg, Inés M., *Convención sobre los Derechos del Niño*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubizal-Culzoni Editores, 2004.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, México, D.F. Segunda Edición, Marzo de 2012.

B. Internet

Berumen Paulín, Carlos E., *Funciones de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/434/26.pdf>

Carbonell, Miguel, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: Principales Novedades*, Enero de 2014, <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>

Cavallo, Gonzalo Aguilar, *El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Julio de 2013, http://www.cecoch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf.

Contreras López, Miriam Elsa, *Análisis de la representación de los menores en la Ley de Responsabilidad Juvenil del Estado de Veracruz*, <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/16/econtreras16.pdf>

Claudia Gamboa Montejano, Claudia, Valdés Robledo, Sandra, *Derechos de las Niñas y los Niños Principales Ordenamientos que Los regulan, especialmente La representación y Defensa Legal*, Julio 2005, <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/DPI-ISS-06-05.pdf>.

Ibarrola Laura, Guitierrez, Miriám, *La Convencion de los derechos del niño*, Diciembre de 2012, <http://www.derechosdelnino.org/convencion-definicion/>

González Contró, Mónica, *La Reforma Constitucional pendiente en Materia de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*,

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard7.htm>,
Enero de 2014.

López Thomas, Gerardo Francisco, *Principio Pro Homine*, Julio de 2013,
<http://www.bufetelopezthomas.com/?p=446>,

Solis Quiroga, Héctor, *Derechos del Menor de Edad*, Niño,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/166/dtr/dtr12.pdf>
Aguilar Cuevas, Magdalena, *Las Tres Generaciones de los Derechos Humanos*,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf>,
Enero de 2014

UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia Oficina de Área para
Argentina, Chile y Uruguay, *Justicia y Derechos del Niño*, Número 1,
http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf,
Marzo de 2014.

C. Jurisprudencia

Tesis 62807. 1a. XV/2011. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la
Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Febrero de 2011, Pág. 616.

Tesis 172,003 1a. CXLL.2001. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Julio de 2001, Pág. 265.

Tesis IIA 2º. C. 91 C., Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VII. Marzo de 1998, Pág. 800.

Tesis Aislada (Civil) IUS. 352,611, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, t. IXXII, Pág. 6328.

Tesis Aislada: 1º XLVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, Abril de 2011, pag.310. Registro IUS. 162354.

D. Normatividad

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil Federal.

Código Civil para el Estado de Nayarit.

Código de Procedimiento Civil para el Estado de Nayarit.

Declaración o Decálogo de los Derechos del Niño.

Declaración de Ginebra.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños.

Declaración de Oportunidades para el Niño.

Declaración sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño.

Tabla de los Derechos del Niño.

Carta de la Unión Internacional de Protección a la Infancia.

Carta Latinoamericana sobre los Derechos del Niño.

Convención Sobre los Derechos del Niño.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Cumbre Mundial a favor de la Infancia.

Cumbres Iberoamericanas.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley sobre la Celebración de Tratados.

Ley que creó la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia fue publicada en el Periódico Oficial del Estado de Nayarit.

Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y los Adolescentes del Estado de Nayarit.

VIII. ANEXOS

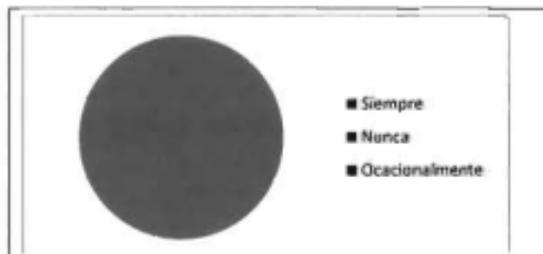
A. Encuestas y Resultados

En el presente capítulo se analizará, el resultado obtenido de la encuesta integrada por 06 seis preguntas, mismas que fue aplicada en los tres Juzgados de Primera Instancia del Ramo Familiar en la ciudad de Tepic Nayarit, a los Jueces, Secretarios de Acuerdos y Proyectistas, ello con la finalidad de medir el índice de atención que se da por los funcionarios jurisdiccionales, al Interés Superior del Niño en la Representación de los menores en juicio.

Para lo cual a continuación me permito, exponer cada una de los cuestionamientos que integraron la encuesta, con su respectivo resultado y observaciones.

1. En los juicios en los que se ven involucrados menores, ¿Realiza designación de Tutor?

- | | |
|-------------------|----|
| a) Siempre | 12 |
| b) Nunca | 0 |
| c) Ocasionalmente | 0 |

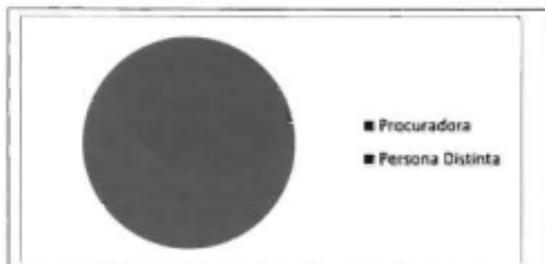


Como se desprende de los resultados graficados plasmados con anterioridad, respecto a la designación de Tutores en los Juicios en los que se ven involucrados Menores de Edad, entre los Funcionarios Judiciales el criterio es uniforme, ya que la totalidad de los encuestados, designa siempre en los juicios que resulta necesario Tutor a favor los Menores.

2. ¿A quién se designa con regularidad como Tutor, dentro de los Juicios en lo que se ven involucrados Menores de Edad?

a) Procurador de la
Defensa del Menor 12
y la Familia

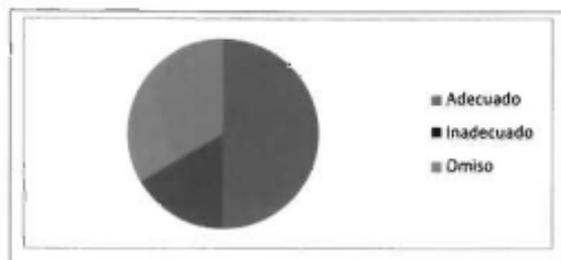
b) Persona Distinta 0



En el entendido de que los Funcionarios Judiciales, en la pregunta marcada con el No. 1., manifestaron siempre designar Tutor a favor de los Menores de Edad, consecuentemente y atención al resultado obtenido en la presente pregunta marcada con el No. 2., se discierne que, sin excepción alguna, en los tres Juzgados Familiares de Primera Instancia en la ciudad de Tepic, Nayarit, el Auxiliar de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familiar, es nombra siempre como Tutora.

3. En general, ¿Cómo considera el desempeño de los tutores dentro de los juicios en los que se ven involucrados menores de edad?

- a) Adecuado 6
- b) Inadecuado 2
- c) Omiso 3

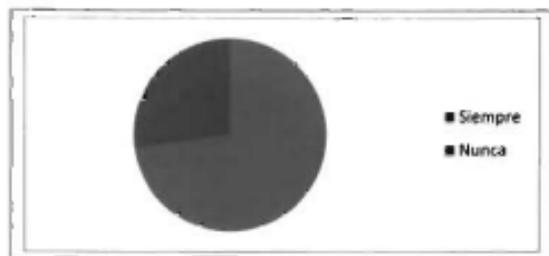


Si bien, los Funcionarios Judiciales siempre designan al Auxiliar de la Procuraduría de la Defensa del Menor y Familia como Tutor en todos los Juicios en los que se ven involucrados Menores de Edad, no obstante ello, como lo demuestra el resultado de la Pregunta No. 3., únicamente la mitad de los encuestados, contemplan Adecuado el desempeño que realiza el Tutor, es decir no se considera que el Tutor cumpla sus deberes, que principalmente son de dos clases: respecto a la persona del tutelado y respecto de sus bienes.

4. En la designación de Tutor, ¿Se considera con regularidad el Interés Superior del Niño?

a) Siempre 9

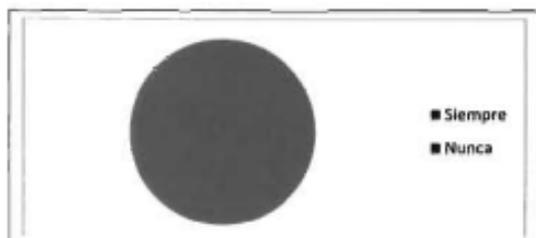
b) Nunca 3



Por lo que ve a este resultado, encontramos que, si bien es cierto invariablemente se designa Tutor en los en los juicios en lo que se involucrados Menores de Edad, cierto también es que, dicha designación no siempre se realiza en estricto apego al Interés Superior del Niño, de ahí quizá el hecho de que se considere inadecuado el desempeño del Tutor.

5. En la resolución de Conflictos relacionados con Menores de Edad, ¿Se considera con regularidad el Interés Superior del Niño?

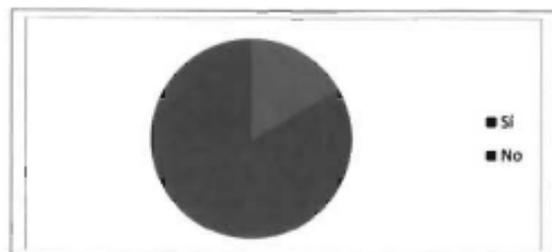
- a) Siempre 12
b) Nunca 0



La totalidad de los Funcionarios Judiciales consideran, que siempre se considera el Interés Superior del Niño en la resolución de conflictos en lo que se ven involucrados Menores de edad; No obstante lo manifestado, tal y como es posible observar en el fragmento de un Acuerdo dictado en un Juzgado de Primera Instancia del Ramo Familiar, el cual se encuentra en el contenido del presente trabajo de investigación, el cual fue dictado previo a haber tomado el expediente para que se dictara la Sentencia que al efecto correspondiera, con la intención de exhortar a la Procuradora de la Defensa del Menor y la Familiar a que en Atención al Interés Superior del Niño, participará activamente en el desarrollo del juicio.

6.- ¿Sabía de la existencia de un Consejo de Tutela Local en el Municipio de Tepic, que brinda un listado de tutores?

- a) Sí 2
b) No 10



Finalmente con los resultados obtenidos de la pregunta No. 6, se comprueba rotundamente, que la mayoría de los Funcionarios encuestados responsables de prosecución judicial de juicios en los que participan menores de edad, aceptan desconocer de la existencia de un Consejo de Tutela Local que brinda un listado de tutores, ello aun cuando el Código Civil para el estado de Nayarit en su artículo 623 fracción I, señala que parte de las obligaciones de los Consejos de Tutela, es formar y remitir a los Juzgado de primera instancia un listado de personas que por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela de un menor; lo que estriba en entender el porqué de la mala representación de los menores en juicio.