

**Demanda de acción de inconstitucionalidad, promovida
por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.**

H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ, en mi carácter de **Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos**, personalidad que acredito con copia del acuerdo de la Cámara de Senadores por el que se me designa como tal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 9 de noviembre de 2004 (anexo 1), señalando como domicilio legal para oír y recibir todo tipo de notificaciones el ubicado en Periférico Sur número 3469, colonia San Jerónimo Lídice, Delegación Magdalena Contreras, Código Postal 10200, en México, Distrito Federal, y designando como delegados en los términos del artículo 59 en relación con el 11, segundo párrafo, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a los licenciados Marat Paredes Montiel, Patsy Hidalgo Baeza y Daniela Esmeralda Martínez Ramos y autorizando en términos del artículo 4° de la Ley Reglamentaria para oír notificaciones, imponerse de los autos y recibir copias de traslado a Ivette Adriana Rosales Morales, María Mercedes Hume Alarcón, Mariana Gutiérrez Ramírez, Andrea Donají Sol Hernández, Gabriela Paulina Creuheras González, América Armenta Rodríguez, Viridiana Sánchez Marin, María Fernanda Karina Castañeda Kegel y Eliseo Leonel García Nava, con el debido respeto comparezco a exponer lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el inciso g) de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás relativos de la Ley Reglamentaria, estando dentro del plazo que fija el segundo párrafo del precepto constitucional citado y 60 de la Ley Reglamentaria, vengo a promover **DEMANDA DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD** en contra de los **artículos 3°, 12, 13, 19, fracción III, inciso b), 28, fracción II, 30, 31, 36, 46, 83, fracciones I y II, y 85, de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima, publicado en el Periódico Oficial del Estado, el 20 de junio de 2009.**

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Reglamentaria, manifiesto:

I. Los nombres y firmas de los promoventes:

José Luis Soberanes Fernández, en representación legal de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Firma al calce del documento.

II. Los órganos legislativo y ejecutivo que hubieran emitido y promulgado las normas generales impugnadas:

A) Órgano Legislativo: Congreso del Estado de Colima.

B) Órgano Ejecutivo: Gobernador Constitucional del Estado de Colima.

III. La norma general cuya invalidez se reclame y el medio oficial en que se hubiere publicado:

Los **artículos 3º, 12, 13, 19, fracción III, inciso b), 28, fracción II, 30, 31 36, 46, 83, fracciones I y II, y 85, de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima, publicado en el Periódico Oficial del Estado, el 20 de junio de 2009¹.** (Anexo 2).

¹ **ARTÍCULO 3.-** El Estado garantizará y velará por la integridad de los niños y de las niñas mediante la aplicación de la presente Ley y su Reglamento respectivo. Asimismo, el Estado por sí o por terceras personas podrá brindar el Servicio de Guardería Infantil con turno nocturno para aquellas madres trabajadoras o el trabajador viudo o divorciado o aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos o que ejerza la patria potestad y la custodia de un menor y que dicha persona tenga que trabajar por las noches.

ARTÍCULO 12.- Son atribuciones de los Ayuntamientos del Estado, la expedición de licencias municipales de las Guarderías Infantiles que cumplan con la regulación de uso de suelo y medidas de Protección Civil vigentes en las Leyes y Reglamentos respectivos.

ARTÍCULO 13.- Las autoridades municipales deberán solicitar copia del plano de edificación en donde opera la guardería, las cuales no podrán estar cerca de cantinas o centros de diversión que afecten la moral pública, salud e integridad de los niños y las niñas, como puede ser cerca de fabricas que produzcan sustancias contaminantes o frente a vías altamente transitadas, ni en general, en lugares peligrosos para los menores, de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto.

ARTÍCULO 19.- Para tramitar la expedición de licencias por la Coordinación se cumplirán, como mínimo, los siguientes requisitos:

(...)

III. Anexar copia certificada de los siguientes documentos:

b) Constancia expedida por la autoridad de salud correspondiente, en la cual se exprese que las instalaciones de la institución cuentan con las condiciones de salubridad e higiene, que como mínimo se deben observar para prestar el servicio, materia de la presente Ley;

ARTÍCULO 28.- Lo cursos y programas de capacitación y actualización, así como talleres que organice e implemente la Coordinación, tendrán por objeto:

(...)

II. Establecer un sistema permanente de capacitación y actualización que certifique la aptitud para prestar servicios específicos dentro de los establecimientos, de quienes en ellos participen;

(...)

ARTÍCULO 30.- Para poder funcionar los establecimientos o instalaciones de una Guardería Infantil deberán contar, como mínimo, con los requisitos que se enumeran a continuación, los cuales deberán ser adecuados a la edad de los menores:

I. Mantener secciones de acuerdo al uso y a la edad de los menores, para las actividades diversas de atención, de educación y recreación, así como los accesos para las personas con capacidades diferentes;

II. Instalaciones sanitarias adecuadas para ambos sexos que aseguren la higiene y la seguridad de los niños y las niñas, debiendo tener el personal de la Guardería sanitarios diferentes a los de los menores;

III. Abastecimiento suficiente de agua para el aseo y de agua purificada para el consumo humano;

IV. Lavabos, jabón para aseo de las manos, toallas de papel o cualquier otro sistema idóneo de secado y recipientes para residuos sólidos;

V. Botiquín de primeros auxilios, así como los números telefónicos de emergencia;

VI. Área de nutrición, que constará de cocina con anaqueles, refrigerador, estufa, fregadero, disposición adecuada de basura, mesa para preparación de alimentos, laboratorio de leches con esterilizador y almacén de víveres.

Esta área deberá estar ubicada de tal manera que los niños no puedan acceder a ella;

VII. Mobiliario y juguetes cuyo diseño no implique riesgo para la integridad física y mental del menor;

VIII. Materiales didácticos y pedagógicos de acuerdo a los parámetros educativos referidos en las disposiciones reglamentarias;

IX. Personal capacitado especialmente al efecto;

X. Medidas de seguridad y vigilancia en el período del cuidado a los niños y las niñas; y

XI. Los demás enseres, equipo, mobiliario y utensilios necesarios para el sano desarrollo físico y mental de los menores. Los que deberán mantenerse en buen estado de uso y conservación mismos que no deberán poner en riesgo la seguridad o salud de los menores.

ARTÍCULO 31.- El Reglamento determina la cantidad y calidad de los bienes y del personal con que deberá operar cada establecimiento, los cuales deberán ser suficientes para cubrir las necesidades básicas de seguridad, salud, alimentación, aseo, esparcimiento y atención de los menores a su cargo. Asimismo, determinará lo relativo al estado físico de las instalaciones.

ARTÍCULO 36.- Los horarios de las Guarderías Infantiles se decidirán por quienes las manejen, los cuales podrán cubrir horarios matutinos, vespertinos, diurnos y/o nocturnos, favoreciendo un horario flexible para quienes trabajan o estudian. El usuario deberá respetar el horario que maneja la Guardería.

Sólo en casos extraordinarios y excepcionales y previa comprobación de la situación por parte del usuario al personal autorizado de la Guardería Infantil, se concederá un tiempo extraordinario que en ningún caso excederá de noventa minutos, para efecto de que el usuario pueda recoger al menor.

IV. Los preceptos constitucionales que se estimen violados:

Artículos 1º, 4º, 14, 16, 22, 123, apartado A, fracción XXIX, y apartado B, fracción XI, inciso c), y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

V. Consideraciones en relación con la legitimación activa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para promover la acción de inconstitucionalidad.

El 14 de septiembre de 2006 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la adición del inciso g) a la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos² mediante la cual se otorgó legitimación

ARTÍCULO 46.- Se entenderá por niños con algún tipo de discapacidad no dependientes los que padezcan algún tipo de discapacidad que contemple el reglamento de la presente Ley, y que no dependan de algún cuidado o atención especializada distinta a los que se describen en la presente Ley para la atención de niños en Guarderías Infantiles.

ARTÍCULO 83.- La suspensión de un menor en el servicio de Guardería Infantil podrá ser indefinida por las siguientes causas:

I. Cuando el menor presente algún padecimiento de tipo irreversible o incapacitante que requiera manejo y técnicas especializadas, a menos de que la Guardería Infantil sea especializada en la incapacidad del menor; y

II. Reincidencia en algunas de las causas que originaron una suspensión temporal conforme al reglamento por incumplimiento a lo establecido en los artículos 38 y 67 de esta Ley.

La suspensión indefinida será valorada y razonada por la Coordinación.

ARTÍCULO 85.- Las amonestaciones escritas, suspensión temporal del menor, serán objeto de la reglamentación que se expida para tal efecto emanado de la presente Ley.

² “Art. 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I...

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a)...

g).- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

...”

activa a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, para impugnar tratados internacionales, leyes federales y leyes estatales y del Distrito Federal, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución.

A la luz del precepto constitucional citado, acudo a este Alto Tribunal en representación legal de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en los términos del segundo párrafo del artículo 11 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, aplicable en materia de acciones de inconstitucionalidad, conforme a lo dispuesto por el diverso 59 del mismo ordenamiento legal. La representación con la que comparezco está reconocida en el artículo 15³ de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y en el artículo 18 del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos⁴, los cuales no requieren acuerdo o formalidad alguna especial para que pueda llevar a cabo tal representación, como lo estableció este Alto Tribunal al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

En consecuencia de lo expuesto, vengo a ejercitar la acción de inconstitucionalidad, en contra de los artículos 3°, 13, 19, fracción III, inciso b), 28, fracción II, 30, 36, 46, 83, fracciones I y II, y 85, de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima.

VI. Consideraciones previas en relación con los temas abordados en la presente acción de inconstitucionalidad.

El pasado 5 de junio del presente año, en Hermosillo, Sonora ocurrió un suceso nunca antes presenciado que nos sacudió como Nación. Como consecuencia

³ ARTÍCULO 15. El Presidente de la Comisión Nacional tendrá las siguientes facultades y obligaciones:

I. Ejercer la representación legal de la Comisión Nacional;
II...

⁴ Artículo 18. (Órgano ejecutivo)

La Presidencia es el órgano ejecutivo de la Comisión Nacional. Está a cargo de un presidente, al cual le corresponde ejercer, de acuerdo con lo establecido en la Ley, las funciones directivas de la Comisión Nacional y su representación legal.

de un incendio que se originó en un almacén de papelería del Gobierno del Estado, aledaño a la Guardería ABC, S. C., han resultado 49 niños fallecidos, todos ellos de entre seis meses y cinco años de edad, así como más de 33 heridos.

La anterior tragedia tuvo su origen mediato en un sinnúmero de inobservancias y transgresiones a diversas normas por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social, múltiples autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo, Sonora así como de la Secretaría de Hacienda del Gobierno del Estado, aunado al hecho de que las víctimas del incendio, en su mayor parte, fueron menores de edad que por su escasa madurez física y psicosocial no se encontraban en condiciones de valerse por sí mismos, como esta Comisión ha dejado plasmado en la recomendación relacionada con los hechos ocurridos el 5 de junio en la Guardería ABC de Hermosillo, Sonora, emitida por esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Es un hecho que la realidad se nos ha impuesto y que ha revelado en toda su crudeza la fragilidad en la que se encuentran los niños que acuden a las guarderías en nuestro país, es lamentable que un acontecimiento de esta gravedad sea lo que hace reaccionar a las autoridades del país, sin embargo, es una oportunidad para que los diversos entes gubernamentales actúen dentro del ámbito de sus atribuciones para aportar lo que les corresponde.

En este sentido, en opinión de esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos, todas las instituciones del Estado mexicano no pueden ignorar el suceso acontecido y deben actuar en ejercicio de sus respectivas facultades, para asegurarnos de que una tragedia así no se repita.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos reconoce el esfuerzo realizado por el legislador de Colima para afrontar el problema de la falta de regulación de las guarderías infantiles y su pronta acción para poner remedio a esta situación, sin embargo, considera que la ley es perfectible, en tanto que hay aspectos que pueden ser violatorios de los derechos fundamentales de los niños y respecto de los cuales resulta necesario un pronunciamiento del Más

Alto Tribunal, los cuales se desarrollan en los siguientes conceptos de invalidez.

En esta tesitura, el Ombudsman nacional acude al Tribunal Constitucional en aras de que realice una depuración abstracta de las normas que se impugnan en la acción de inconstitucionalidad, sin embargo, considera que esta depuración no puede ignorar la realidad fáctica que nuestro país ha enfrentado, en tanto que es deber del Estado mexicano proteger el interés superior de los niños, impidiendo muertes o lesiones que pueden ser evitables; los niños son la esperanza del país, pero también nuestra parte más frágil, es deber del Estado, de los padres y de la sociedad, protegerlos y garantizar su adecuado desarrollo.

VII. Conceptos de invalidez.

Primero. Los artículos 12, 13, 19, fracción III, 30 y 31 de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima son inconstitucionales al poner en riesgo el derecho a la vida, salud e integridad corporal de los niños, con lo que se violan los artículos 4° y 133 de la Constitución Federal, en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Nuestra Carta Magna, en su artículo 4⁵, en concreto, en el párrafo tercero, establece el derecho a la protección de la salud. Asimismo, en el párrafo sexto

⁵ Art. 4o.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

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

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

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

del precepto constitucional en mención, se establece el derecho de los menores a que se satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para alcanzar un desarrollo integral.

El séptimo párrafo de este artículo, señala la obligación del Estado de proveer todo lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, de lo cual se desprende que esta obligación tiene como finalidad el respeto, fomento y garantía de los derechos a la salud y desarrollo integral de la niñez antes mencionados y, finalmente el octavo párrafo establece la obligación de proporcionar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Asimismo, también debe tomarse en cuenta la Convención Sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el día 19 del mes de junio del año de 1990, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 del mes de julio del propio año y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 2001. Dicha convención define los derechos mínimos que los Estados Partes deben garantizar a los niños y niñas para asegurarles un nivel de vida acorde con su condición y que les permita su desarrollo integral como personas.

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

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

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

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Así, debe tomarse en cuenta que el artículo 3, numeral 1⁶, de la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a tomar en consideración en todas las medidas que tomen, entre otros, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos **el interés superior del niño**; asimismo en términos del artículo 3, numeral 2, los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, tomando para ello las medidas legislativas y administrativas necesarias, y los derechos y deberes de sus padres y tutores; también el artículo 3, numeral 3, de la Convención, establece **la obligación de los Estados partes de asegurarse de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.**

El artículo 4⁷ de la Convención sobre los Derechos del Niño regula la obligación de los Estados parte de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención y en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y

⁶ Artículo 3

1. 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.

2. 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.

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

⁷ Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

culturales, se obligan a protegerlos hasta el máximo de sus recursos económicos disponibles.

El artículo 6⁸ de la Convención reconoce que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y, además, la obligación del Estado de garantizar al máximo de su potencial la supervivencia y el desarrollo del niño.

El artículo 18, numeral 3⁹, de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados Parte de adoptar todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Asimismo, los artículos 4^o, numeral 1, y 5^o, numeral 1¹⁰, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, contienen el derecho a la vida y la integridad personal, estableciendo que todas las personas tienen derecho a que esta sea respetada y protegida.

A partir de la reforma al artículo 4^o constitucional publicada el 7 de abril de 2000, los derechos de los niños son fundamentales y prevalentes, y atienden

⁸ Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

⁹ Artículo 18

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

¹⁰ Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

al principio del interés superior del menor, norma constitucional que involucra al bloque de constitucionalidad los demás derechos consagrados en tratados internacionales, contexto constitucional que consagró un deber de protección especial a favor de la niñez, así como la garantía de su desarrollo armónico e integral. Además, el mismo artículo citado dispone que la familia, la sociedad y el Estado, en todas las aristas de su actuación, tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Así lo ha reconocido el Más Alto Tribunal en la tesis aislada P. XLV/2008, cuyo contenido es el siguiente:

MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA .De la interpretación del artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de aquel precepto y con la Convención sobre los Derechos del Niño, se advierte que el principio del interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores. De ahí que para el análisis de la constitucionalidad de una regulación respecto de menores de 18 años, sea prioritario, en un ejercicio de ponderación, el reconocimiento de dichos principios.

En efecto, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales tanto por parte del Estado, como de sus padres o tutores y, en general de toda la sociedad.

Sin lugar a dudas, a la luz de la normativa constitucional y convencional citada, el menor se hace acreedor de un trato preferente que obedece a su calificación jurídica como sujeto de especial protección, de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que se halla.

Por lo que respecta al ámbito de la acción del Estado, el principio del interés superior del menor debe guiar las acciones estatales. En esta tesitura, dichas acciones deben tomar en cuenta las condiciones de fragilidad de los niños, creando desde el aspecto legislativo una regulación especializada que tome en cuenta todas las condiciones y particularidades de los niños, a fin de dotarles de la protección especial que se consagra a nivel constitucional y convencional a nivel de tratados internacionales. También dicho principio obliga a que la aplicación de las leyes desde el punto de vista administrativo o el judicial vele por el mayor beneficio del desarrollo infantil.

Constitucionalmente, el Legislador tiene la obligación de adecuar las normas existentes y de crear otras nuevas, de forma tal que: a) no desconozcan o violen los derechos fundamentales de los niños y **b) no dejen de contener las medidas adecuadas de protección que sean indispensables para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.** Además, el Legislador **debe incluir aquellas otras normas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados a los que se ha hecho referencia.**

El particular reconocimiento y protección de los niños desde las normas constitucionales y los tratados internacionales se justifica en cuanto se trata de una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación y como tal se hace merecedora de una atención especial. Las razones de esa protección, son: a) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos de nuestro Estado Social de Derecho; b) su indefensión o vulnerabilidad, por

causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, c) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos.

En esta tesitura, esta Comisión considera que los artículos de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima que se impugnan en el presente concepto de invalidez, tienen un contenido normativo contrario, y por tanto violatorio de los preceptos antes mencionados. Lo anterior, en virtud de los siguientes motivos:

- 1) En el caso del **artículo 19, fracción III, inciso b)** de la Ley, se establece como requisito para tramitar la expedición de una licencia por la Coordinación para la prestación del servicio de guarderías, una constancia expedida por la autoridad de salud correspondiente, en la cual se exprese que las instalaciones de la institución cuentan con las condiciones de salubridad e higiene, que como mínimo se deben observar para prestar el servicio, materia de la presente Ley.

En primer lugar, debemos de advertir que el supuesto en comento no es claro. ¿A qué requisitos se refiere, a los previstos por la propia Ley, a los regulados por la legislación estatal o la federal? ¿A qué autoridades se refiere, a las federales, las locales o las municipales? La ley no deja nada claro y en esto radica un primer vicio de inconstitucionalidad, en tanto que se contraría el principio de certeza jurídica regulado en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

En efecto, **si se considerara que los requisitos mínimos de salubridad están previstos en el artículo 30 de la Ley**, entonces, tenemos que los mismos se reducen a: 1) instalaciones sanitarias adecuadas, sin especificar, un mínimo de requisitos, 2) Agua para el aseo y agua purificada para el consumo humano, 3) Lavabos, jabón para aseo de manos y toallas, y 4) Botiquín de primeros auxilios.

Laxo sería dicho precepto y, por tanto, también inconstitucional si este es el mínimo exigido para abrir una guardería, pues su apertura requiere mucho más que agua, jabón y un botiquín de primeros auxilios. Es claro que la ley no regula con el suficiente detalle la protección a la salud de los menores que acuden a las guarderías, atentando con ello contra el derecho a la vida y a la integridad personal de los menores.

Así, también es inconstitucional **el artículo 31 de la Ley**, que realiza una remisión al reglamento para determinar la cantidad y calidad de los bienes con que debe operar cada establecimiento, ya que la ley debe señalar las líneas básicas de acción para la protección de los menores, siendo insuficiente que se diga que “deberán ser suficientes para cubrir las necesidades básicas de seguridad, salud, alimentación, aseo, esparcimiento y atención de los menores a su cargo.”

En el caso nos enfrentamos ante una regulación que al incidir en los derechos de los niños necesariamente debe contemplar sus aspectos mínimos básicos y líneas de acción en la ley, lo que no sucede con los preceptos impugnados. Es decir, no nos enfrentamos a un simple reglamento de detalle, sino a la necesidad de que exista una regulación sustantiva en ley que impida que a través del reglamento se erosionen los derechos de los niños. La tragedia de la guardería ABC, revela con toda su crudeza las consecuencias de la falta de regulación en materias tan sensibles como son la vida y el bienestar de los niños, es por eso, obligación del Estado en sus tres niveles de gobierno tomar las medidas necesarias para impedir que en el futuro niñas y niños puedan morir, existiendo medios para impedir que ello suceda.

En este tenor, tenemos que ni el artículo 19, fracción III, inciso b), ni el artículo 30 de la ley realizan una regulación específica de los requisitos de salud que como mínimo deben observar las guarderías, sino que se hace una delegación al reglamento en el artículo 31, situación que resulta inconstitucional, al poner en riesgo el derecho de los niños a la vida, la integridad física y mental, así como la salud. Estos preceptos también violan el artículo 133 constitucional en relación con el artículo 3, numeral 3, de la Convención, que establece la

obligación de los Estados partes de asegurarse de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Esta norma convencional conlleva, sin lugar a dudas, la obligación no sólo de asegurar el cumplimiento de las normas, sino también como presupuesto esencial el que estas normas existan y sean suficientes para proteger los derechos de los menores.

Ahora bien, si se considera que el artículo 19, fracción III, inciso b), remite a la Ley Estatal de Salud, debe considerarse que ésta tampoco contempla dichos requisitos, puesto que no contiene ninguna regulación especial respecto de las guarderías.

Ciertamente, la Ley de Salud del Estado de Colima regula en su artículo 7^o¹¹ las materias de salubridad local, cuya vigilancia corresponde a la Secretaría de Salud del Estado y en el artículo 12^o¹² las que corresponden a los

¹¹ ARTICULO 7º.- En materia de salubridad local corresponde a la Secretaría la vigilancia sanitaria de:

- I.- Mercados y centros de abasto;
 - II.- Construcciones, excepto las de salud;
 - III.- Cementerios, crematorios y funerarias;
 - IV.- Limpieza pública;
 - V.- Rastros;
 - VI.- Agua potable;
 - VII.- Establos, granjas avícolas, porcícolas, apiarios y establecimientos similares;
 - VIII.- Zonas de tolerancia y prostitución;
 - IX.- Reclusorios y centros de readaptación social;
 - X.- Baños públicos;
 - XI.- Centros de reunión y espectáculos públicos;
 - XII.- Establecimientos dedicados a la prestación de servicios;
 - XIII.- Establecimientos para el hospedaje;
- (ADICIONADA, P.O. 14 DE JULIO DE 2007)
- XIV.- Casas, edificios y, en general, cualquier inmueble de dominio público o privado;
 - XV.- Transporte público;
- (REFORMADA, P.O. 14 DE JULIO DE 2007)
- XVI.- Gasolineras y establecimientos similares;
 - XVII.- Centros antirrâbicos; y
- (REFORMADA, P.O. 14 DE JULIO DE 2007)
- XVIII.- Las demás materias que determinen esta Ley y otras disposiciones aplicables.

¹² ARTICULO 12.- Corresponde a los Ayuntamientos:

(REFORMADA, P.O. 8 DE SEPTIEMBRE DE 2007)

- I. Asumir las atribuciones que se le deleguen en términos de esta Ley y de los convenios que se suscriban;

(REFORMADA, P.O. 8 DE SEPTIEMBRE DE 2007)

- II. Formular y desarrollar programas municipales de la materia en el marco de los Sistemas Nacional y Estatal de Salud y de acuerdo con los principios y objetivos de los Planes Nacional, Estatal y Municipal de Desarrollo; y

(REFORMADA [N. DE E. ADICIONADA], P.O. 8 DE SEPTIEMBRE DE 2007)

ayuntamientos, sin embargo, en ninguno de sus supuestos se contempla de manera individualizada a las guarderías. Ciertamente la legislación considera los mercados, los rastros, los reclusorios y centros de readaptación social, los baños públicos, las zonas de tolerancia y prostitución, pero no toma en cuenta a las guarderías, si acaso éstas podrán considerarse establecimientos dedicados a la prestación de servicios, para cuya operación no se requiere siquiera de autorización sanitaria, conforme a lo regulado en los artículos 23 y 24 de la Ley.¹³

Al respecto, resulta conveniente tener en cuenta que la materia de salubridad general es concurrente, de acuerdo con lo que disponen el artículo 4º y la fracción XVI del artículo 73 constitucional.

En esta tesitura, debe tomarse en cuenta que la Ley marco, la Ley General de Salud, no contiene una regulación específica de las guarderías, sino que sólo

III. Determinar y ejercer en el ámbito de su competencia en coordinación con la secretaria (sic), los medios de control y vigilancia necesarios para evitar y prevenir el uso y consumo así como la venta y utilización indebida de sustancias inhalantes que produzcan efectos psicotrópicos en las personas, cuando se trate de menores de edad e incapaces, en los términos del Reglamento que para tal efecto el Gobierno Municipal expida.

¹³ ARTICULO 23.- Los establecimientos, productos y servicios a que se refiere el artículo 7º del presente ordenamiento no requerirán de autorización sanitaria, a excepción de lo señalado en la fracción II de dicho artículo, debiéndose ajustar al control sanitario, así como a los requisitos establecidos en esta Ley, disposiciones reglamentarias y normas técnicas aplicables.

ARTICULO 24.- Los establecimientos, productos y servicios que no requieran para su funcionamiento de autorización sanitaria, deberán dar aviso por escrito a la Secretaría antes del inicio de operaciones. Dicho aviso deberá contener los siguientes datos:

I.- Nombre y domicilio de la persona física o moral propietaria del establecimiento y, en su caso, el nombre del representante legal;

II.- Domicilio del establecimiento;

III.- Nombre comercial, giro;

IV.- Procesos utilizados y línea o líneas de productos; y

V.- Fecha de inicio de operaciones.

Además, deberán ajustarse al control sanitario y comunicar a la Secretaría todo cambio de giro, propietario, domicilio, razón social, denominación o cesión de derechos, o la fabricación de nuevas líneas de productos, en un plazo no mayor de treinta días hábiles a partir de la fecha en que se hubiese realizado, sujetándose al cumplimiento de las disposiciones legales respectivas.

hace referencia a las mismas, cuando al regular la atención materno-infantil, en su artículo 66¹⁴ se refiere a la higiene escolar, concepto que no agota todos los cuidados de salud que se deben tener respecto de los infantes para la apertura de una guardería. Además, conforme al artículo 13, Apartado B, fracción I¹⁵, en relación con el 3, fracción IV¹⁶, ambos de la Ley General de Salud, corresponde a los Estados hacerse cargo de la atención materno-infantil.

Además, a los Estados les corresponde regular, como cuestión de salubridad local, los requisitos en materia de salud que debe cubrir un establecimiento para operar como guardería, sin que puedan renunciar a esta competencia ni delegarla a favor del reglamento.

En esta tesitura, la remisión que realiza la Ley es violatoria de los derechos fundamentales de los niños a la vida, la salud, y la integridad personal, pues la atención de la salud y la integridad personal tienen particularidades en tratándose de los niños, pues en el supuesto regulado estamos hablando de personas desde cuarenta y cinco días de vida hasta seis años, como se

¹⁴ (REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 7 DE MAYO DE 1997)

ARTICULO 66.- En materia de higiene escolar, corresponde a las autoridades sanitarias establecer las normas oficiales mexicanas para proteger la salud del educando y de la comunidad escolar. Las autoridades educativas y sanitarias se coordinarán para la aplicación de las mismas.

La prestación de servicios de salud a los escolares se efectuará de conformidad con las bases de coordinación que se establezcan entre las autoridades sanitarias y educativas competentes.

¹⁵ ARTICULO 13.- La competencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a lo siguiente:

(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 14 DE JULIO DE 2008)

B. Corresponde a los gobiernos de las entidades federativas, en materia de salubridad general, como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales:

(REFORMADA, D.O.F. 14 DE JULIO DE 2008)

I.- Organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de salubridad general a que se refieren las fracciones II, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII y XXVIII Bis del artículo 3o. de esta Ley, de conformidad con las disposiciones aplicables;

¹⁶ ARTICULO 3o.- En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:

IV.- La atención materno-infantil;

desprende del artículo 6° de la norma impugnada. Estos menores, por su propia y especial condición, no pueden ser equiparados a los adultos pues no pueden valerse por sí mismos y no cuentan con la madurez física y psicosocial para ser sujetos a las reglas generales en materia de salud.

Es decir, las normas generales que rigen la materia de salud y protección civil, no pueden ser aplicadas de igual manera a los infantes que a los adultos, pues estos no pueden ser equiparados, en tanto que su condición es radicalmente distinta, en virtud de sus necesidades especiales, siendo obligación del Estado realizar una regulación particularizada que proteja la vida, integridad física y la salud de los niños.

Al respecto, debe tomarse en cuenta el punto 3, de la Opinión Consultiva No. OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19¹⁷ (derechos del niño) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana. En el punto en cita la Corte sostuvo:

*“3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, **los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.**”*

¹⁷ El artículo 19 de la Convención Americana de derechos Humanos dispone: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”.

Como vemos, al tenor de la Opinión Consultiva, los niños requieren un trato diferente en función de sus especiales condiciones, mismo que debió ser particularizado en la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima y, en específico, en los preceptos impugnados.

2) Por su parte, el **artículo 30 de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima** establece las reglas y requisitos con que debe contar el establecimiento de una guardería para poder funcionar.

De la lectura de las once fracciones con que cuenta el artículo en mención no se encuentra que se exija como regla de funcionamiento y operatividad de una guardería el uso de materiales de prevención y bajo riesgo, no tóxicos y resistentes al fuego, así como sus similares, no solamente en las instalaciones de la guardería sino en los bienes muebles que se utilizan en las labores de la misma, tampoco se advierte la obligación de colocar detectores de monóxido de carbono, la obligación de tener hidrantes o el establecimiento de salidas de emergencia.

Como se mencionó en el anterior punto, los menores que hacen uso de los servicios de una guardería, no pueden ser equiparados a un adulto, pues tienen una condición distinta a ellos, en virtud de sus necesidades especiales derivadas de su inmadurez física y mental, por lo que para sus cuidados se requieren que las medidas tomadas por el legislador sean acordes y específicas a las de la condición de los menores.

En este sentido, el artículo 30 de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima, es violatorio de los derechos fundamentales de protección de la salud e integridad personal, al no exigir medidas y requisitos acordes a las necesidades de los niños y niñas que hacen uso de las guarderías en el Estado de Colima, con lo cual dichos derechos son puestos en riesgo.

3) El **artículo 12** de la norma establece como atribución del ayuntamiento la expedición de licencias municipales de las Guarderías infantiles que cumplan

con la regulación de uso de suelo y medidas de protección civil vigentes en las leyes y reglamentos respectivos.

El **artículo 13** de la norma que se impugna establece que las autoridades municipales deberán solicitar copia del plano de edificación en donde opera la guardería, las cuales no podrán estar cerca de cantinas o centros de diversión que afecten la moral pública, salud e integridad de los niños y las niñas, como puede ser cerca de fabricas que produzcan sustancias contaminantes o frente a vías altamente transitadas, ni en general, en lugares peligrosos para los menores, de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto.

En el artículo 12 se da la atribución a los ayuntamientos de emitir licencias municipales de las guarderías infantiles en materia de uso de suelo y protección civil. Sin embargo, por lo que se refiere a esta última materia no hay medidas específicas exigidas para aminorar los riesgos del funcionamiento de las guarderías, tal como quedó expuesto en el inciso anterior.

La ley resulta inconstitucional al no contemplar las medidas de seguridad específicas que en materia de protección civil deben tomarse como requisitos para la apertura y el funcionamiento de las guarderías; indebidamente, se realiza una remisión a otras normas que no contemplan un tratamiento específico para las guarderías como son la Ley de Protección Civil del Estado de Colima, e incluso los reglamentos como el del Municipio de Colima que no contienen una regulación específica para las guarderías, necesaria para la protección de los derechos de los niños a la vida, salud e integridad física y mental. Desde luego, el vicio no está en las normas a las que se hace la remisión, sino en la norma que remite, prescindiendo de su obligación constitucional de salvaguardar los derechos de los menores con una regulación específica.

En el mismo sentido, en el artículo 13 se realiza una habilitación al reglamento para que éste se haga cargo de la regulación relacionada con la determinación de riesgos de las guarderías. En este sentido, siendo que no sólo se están regulando requisitos técnicos, sino de la determinación de situaciones de

riesgo, las cuales pueden tener una evidente incidencia en los derechos fundamentales a la vida, integridad física y la salud de los infantes, no puede admitirse su regulación en una norma de carácter reglamentario.

Con lo anterior se actualiza una violación a los derechos fundamentales de protección de la vida, la salud y la integridad física, pues no puede dejarse a la normatividad reglamentaria la regulación en torno a un tema que trastoca los derechos fundamentales de los niños y niñas de una manera tan evidente, como es la prevención y determinación de riesgos.

La concurrencia de facultades implica un sistema de federalismo cooperativo en el cual, mediante una ley marco, que tiene la calidad de Ley Suprema de la Unión se distribuyen competencias, pero no implica una dilución de las responsabilidades de cada nivel de gobierno, las materias de salubridad general y de protección civil son concurrentes, sí, pero ello implica la obligación de que cada nivel de gobierno cumpla con sus responsabilidades, lo que no sucede en el presente caso.

En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenido simbólico y programático; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que el legislador al momento de regular cualquier institución o figura jurídica que de alguna manera afecte el alcance de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente.

Segundo. Los artículos 3° y 36 de la Ley violan los artículos 123, Apartado A, fracción XXIX, y 123, Apartado B, fracción XI, inciso c), de la

Constitución Federal, al no prever la obligación del Estado de prestar el servicio nocturno de guardería.

El artículo 123 de la Carta Magna, que desarrolla los derechos fundamentales con que cuenta todo trabajador, señala en la fracción XXIX de su Apartado A, al regular la seguridad social, que ésta comprenderá los seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de **servicios de guardería** y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

Por otro lado, la fracción XI, del Apartado B, del artículo constitucional en mención, de igual manera señala como elemento de la seguridad social el derecho de las mujeres en el período de lactancia a disfrutar de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del **servicio de guarderías infantiles**.

Como se puede apreciar, la Constitución Federal, claramente contempla el servicio de guarderías como elemento esencial de los derechos humanos de los trabajadores. Debe destacarse que la Norma Fundamental no hace distinción alguna respecto de los horarios durante los cuales se deberá prestar el servicio, lo cual resulta evidente, pues siendo la prestación del servicio de guarderías uno de carácter público a cargo del Estado, este debe ser prestado en igualdad de condiciones para todos los trabajadores, por lo que debe estar disponible para los trabajadores que tengan jornadas laborales tanto diurnas, como nocturnas.

En este mismo tenor, el artículo 18¹⁸ de la Convención sobre los Derechos del Niño en su numeral 3, establece la obligación de los Estados Parte de adoptar todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan,

¹⁸ Artículo 18

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Ahora bien, el artículo 3° de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima establece que el Estado, por sí o a través de terceras personas, **podrá** brindar el servicio de guarderías con turno nocturno para aquellas madres trabajadoras, o el trabajador viudo o divorciado, o aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos o que ejerza la patria potestad y la custodia de un menor, y que dicha persona tenga que trabajar por las noches. Por su parte, el artículo 36 dispone que los horarios de las guarderías serán establecidos por quienes las manejen y **podrán** cubrir horarios matutinos, vespertinos, diurnos y/o nocturnos

Se considera que los preceptos anteriores resultan violatorios de los artículos 123, Apartado A, fracción XXIX, y el artículo 123, Apartado B, fracción XI, inciso c), en relación con el artículo 116, fracción VI, y 115, fracción VIII, de la Constitución Federal, y del artículo 18, numeral 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues como se dijo al principio del presente concepto de invalidez, el Estado no tiene la opción, **sino la obligación de brindar el servicio público de guarderías nocturnas, en tanto que las mismas son un derecho constitucional garantizado para los trabajadores por la Norma Fundamental.**

En esta tesitura, la expresión “podrá” introduce un margen de actuación discrecional al Estado para prestar o no el servicio de guardería nocturna, mismo que resulta inconstitucional.

Por su lado, el artículo 36 de la norma que se impugna deja al arbitrio de las personas encargadas del manejo de la guardería la determinación de los horarios de servicio de la misma, por lo que queda a su completa discrecionalidad establecer los horarios durante los cuales se prestará el servicio.

En opinión de esta Comisión, la Constitución Federal es clara en cuanto a la regulación y operatividad del servicio de guarderías, pues establece que es un derecho fundamental de los trabajadores, elemento integrante de la seguridad social, la cual es de orden público. Así, se puede concluir que es un servicio público a cargo del Estado, el cual puede ser prestado por él mismo o delegado en los particulares, pero sin desligarse de la obligación.

Así, si bien los particulares pueden prestar el servicio de guarderías, este, al ser de utilidad pública por ser un elemento de la seguridad social, debe de prestarse en total apego a la legalidad y los derechos fundamentales de todas aquellas personas que tengan derecho a hacer uso de tal.

En este sentido, todas las guarderías públicas, deberán ofrecer sus servicios para aquellos padres o madres trabajadoras que tengan una jornada laboral nocturna, cuando exista dicha demanda. Y, además, por cuanto se refiere a las operadas por particulares, el Estado debe garantizar una cobertura geográfica mínima de dicho servicio, de manera tal que los padres que tengan dicha necesidad puedan tener acceso al servicio, pues de lo contrario se puede llegar a coartar el derecho fundamental al servicio de guarderías a aquellas personas cuyos horarios laborales o de estudio no coincidan con los de aquellas manejadas por el Estado.

Tercero. Los artículos 28, fracción II, 46 y 83, fracción I, de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima, violan los artículos 1º, 4º, y 133 constitucionales, en relación con la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación y la Ley General de las Personas con Discapacidad, al hacer una discriminación respecto de los menores con discapacidad, excluyéndolos del derecho fundamental del servicio de guarderías infantiles.

El Capítulo IX, de la norma impugnada, contiene la regulación a la que se deberán apegar las guarderías en todo lo concerniente a los menores discapacitados, estableciendo que los prestadores de este servicio no deberán

discriminarlos y señala que deberán aceptarlos siempre y cuando tengan una discapacidad no dependiente.

En este sentido, el artículo 46 de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima, desarrolla lo que se deberá entender por menor con discapacidad no dependiente, señalando que son aquellos que padezcan algún tipo de discapacidad que contemple el reglamento de la Ley, y que no dependan de algún cuidado o atención especializada distinta a las que se describen en la misma.

Del análisis anterior se desprende que los prestadores del servicio de guardería tienen prohibido discriminar a algún menor discapacitado excluyéndolos del acceso, a menos que la discapacidad del menor sea clasificada por el reglamento de la Ley como dependiente o bien el menor discapacitado requiera de algún cuidado o atención especializada, siendo que en este caso los prestadores del servicio sí podrán negar el servicio.

En opinión de esta Comisión, el mencionado artículo 46 realiza una discriminación respecto de los menores discapacitados al permitir la exclusión de los denominados por la ley discapacitados dependientes, con lo que se vulnera el artículo I, numeral 2, inciso b), de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, los cuales establecen que no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que no limite su derecho a la igualdad y que estos no se vean obligados a aceptar la norma, sino que tengan la posibilidad de elegir. En el presente caso se presenta una situación discriminatoria porque no se da a los padres de los menores con discapacidad la posibilidad de elegir, sino que por mandato de la ley quedan excluidos del acceso a las guarderías regulares.

Ahora bien en lo que respecta al derecho a la educación para los menores con alguna discapacidad, el artículo 3° de la Constitución Política establece el derecho de todos los individuos a recibir educación y la obligación del Estado

de impartir educación preescolar, primaria y secundaria; por tanto, no sólo es obligación del Estado respetar y hacer respetar este derecho, sino también asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. En lo que se refiere a los menores la educación tiene una connotación especial, pues de un lado, la Constitución la consagró expresamente como un derecho fundamental y porque debido a la particular situación de indefensión en que se encuentra el menor, tanto el Estado como la familia y la sociedad son responsables en la prestación de este servicio, lo que se establece claramente en el artículo 4° constitucional.

En este orden de ideas, es indudable que el derecho a la educación se extiende a los procesos de formación especial de las personas limitadas física o mentalmente. En efecto, de una interpretación sistemática del artículo 3° con los artículos 1° y 4° constitucionales, puede desprenderse que es una obligación especial del Estado la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales. Además de los referidos artículos de orden constitucional que en la materia sustentan el derecho a la educación para personas discapacitadas, se conjuntan con los mismos los Tratados Internacionales de protección de los derechos de los niños y en especial de los menores discapacitados.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, dispuso en su artículo 23 que *“los Estados Parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales”, mediante acciones destinadas “a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible”.*

También se vulnera el artículo III, numeral 1, inciso A de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra

las personas con discapacidad, el cual establece que los Estados parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración, incluidas aquellas por parte de las autoridades gubernamentales y entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, **la educación**, el deporte, el acceso a la justicia y las actividades políticas y de administración.

En este orden de ideas, a la situación de indefensión propia de su edad se agrega la derivada de su condición de invalidez y, por consiguiente, se plantea a la sociedad la máxima exigencia de protección. Así, podemos derivar de la Constitución deberes concretos a los padres, docentes, miembros de la comunidad y autoridades públicas, que se enderezan a la ayuda y protección especial al menor disminuido físico o mental, de modo que se asegure su bienestar, rehabilitación y se estimule su incorporación a la vida social.

Las entidades estatales deben garantizar la disponibilidad, el acceso, la permanencia y la calidad en la prestación del servicio de educación, los cuales deben suministrarse en condiciones de igualdad, y bajo la consideración de las condiciones especiales de las personas afectadas con dichas limitaciones, de tal forma que los procesos de aprendizaje y socialización de tales sujetos sean lo más parecido posible a los de cualquiera de los educandos que carecen de alguna invalidez, dotándoles para lo cual de los instrumentos tecnológicos necesarios para poder asistir a la escuela regular.

Asimismo, se vulnera el artículo 133 constitucional en relación con el 10, fracción III, de la Ley General de las Personas con Discapacidad, que obliga a las autoridades competentes a admitir y atender a menores con discapacidad en los **centros de desarrollo infantil y guarderías públicas y privadas.**¹⁹

¹⁹ Artículo 10.- La educación que imparta y regule el Estado deberá contribuir a su desarrollo integral para potenciar y ejercer plenamente sus capacidades, habilidades y aptitudes. Para tales efectos las autoridades competentes establecerán entre otras acciones, las siguientes: (...)

Al respecto debe tomarse en cuenta que la Ley General de las Personas con Discapacidad es una Ley marco, en tanto que regula aspectos relativos a la educación y al acceso a la salud de las personas con discapacidad, razón por la cual, aun cuando el Congreso no tiene una facultad concurrente para legislar en materia de personas con discapacidad, dicha ley tiene su fundamento en los artículos 3 y 4º, en relación con el 73, fracciones XXV y XVI, respectivamente, por lo que la misma es Ley Suprema de la Unión, siendo por tanto de jerarquía superior a la Ley impugnada. Así lo ha establecido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis P. VII/2007, cuyo contenido es el siguiente:

LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la "Ley Suprema de la Unión". En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en

III. Admitir y atender a menores con discapacidad en los centros de desarrollo infantil y guarderías públicas y privadas;

cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.

En este tenor, la Ley General de las Personas con Discapacidad, es una ley de jerarquía superior a la impugnada, por lo que esta última debe respetar el contenido de la Ley marco, la cual establece que la educación que imparta y regule el Estado deberá contribuir a su desarrollo integral para potenciar y ejercer plenamente sus capacidades, habilidades y aptitudes y que, para tales efectos las autoridades competentes deberán admitir y atender a menores con discapacidad en los centros de desarrollo infantil y guarderías públicas y privadas;

En este tenor, ante la obligación de las autoridades federal, estatal, municipal y del Distrito Federal de admitir y atender a menores con discapacidad en guarderías públicas o privadas, debe tomarse en cuenta lo siguiente:

a) La educación especial se concibe como un recurso extremo, esto es, sólo debe aplicarse cuando valoraciones médicas, psicológicas y familiares la consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor.

b) Aun probada la necesidad de una educación especial, esta no puede ser la excusa para negar el acceso al servicio público educativo. Los padres siempre deben tener la posibilidad de elegir cuál educación desean para sus hijos.

c) Ante la imposibilidad de brindar una educación especializada, se debe ordenar la prestación del servicio público regular, hasta tanto la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor opción educativa al menor discapacitado.

A la luz de las normas constitucionales, convencionales y la ley marco antes citada, debe tomarse en cuenta que la norma utiliza parámetros discriminatorios en la definición de los mismos, pues define a los menores con discapacidad dependiente como aquellos que dependan de algún cuidado o atención especializada y distinta, lo cual no tiene sentido, pues todo discapacitado por su propia condición requiere de un cuidado especial y distinto al de una persona sin discapacidad.

De los criterios anteriores se puede desprender la posibilidad de una interpretación sumamente discriminatoria, pues los prestadores del servicio de guardería, pueden fácilmente negar el servicio a cualquier menor discapacitado, alegando que se debe a que el menor discapacitado requiere de cuidados y atenciones especiales, excusa que puede invocarse para absolutamente todas las personas discapacitadas, lo cual además contraría directamente el artículo 10, fracción III, de la Ley General de las Personas con Discapacidad, que establece la obligación de las guarderías públicas y privadas de recibir y atender a las personas con discapacidad.

Debe además destacarse que el artículo 46 remite al reglamento de la ley para la determinación de aquellas discapacidades por las que se le podrá negar el acceso a un menor. Al respecto, debe tomarse en cuenta que la limitación de un derecho fundamental sólo puede realizarse mediante ley, por lo que la remisión a la norma reglamentaria para que realice la definición de la discapacidad resulta inconstitucional, pues ello redundaría en la privación del derecho a la educación de los menores discapacitados.

Por otra parte, el artículo 28, fracción II, de la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima, al regular el objeto de los cursos y programas que la Coordinación Estatal de Guarderías Infantiles debe implementar, no contempla el que en las guarderías se impartan cursos de capacitación y actualización para que el personal esté apto para el cuidado de menores con alguna discapacidad, cosa que no ocurre en relación con los menores que cuentan con plenas capacidades.

Ciertamente, si la ley prevé que se admitan a personas con discapacidad no dependientes, resulta inconcuso que el personal profesional de la guardería debe estar capacitado para coadyuvar a la formación integral del niño. Al no realizarse así, se violan los artículos 4º y 133 constitucionales, en relación con el artículo 10, fracción IV, de la Ley de las Personas con Discapacidad²⁰.

Por su lado, el artículo 83 de la Ley materia de la presente acción de inconstitucionalidad, al regular los supuestos en los cuales un menor podrá ser suspendido de manera indefinida, en su fracción I, permite que un menor sea suspendido definitivamente de la guardería por contraer un padecimiento irreversible o incapacitante que requiera manejo y técnicas especializadas.

Es decir, la Ley que Regula las Guarderías Infantiles en el Estado de Colima, permite que un menor de edad que por motivo de adquirir algún padecimiento que lo incapacite, sea suspendido de la guardería.

Lo anterior es radicalmente contrario a lo que se establece en los antes citados preceptos de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, pues estos claramente señalan que todas las políticas de un país, tanto las manejadas por las entidades públicas como las privadas, deberán estar orientadas a eliminar todo tipo de discriminación hacia las personas con discapacidad, y a promover un desarrollo de los mismos en la sociedad.

En este sentido, se estima que el artículo 83, fracción I, es violatorio del derecho a los niños a la educación y discriminatorio, pues excluye a los menores discapacitados del derecho fundamental al servicio de guardería.

Cuarto. Los artículos 83, fracción II, y 85 de la Ley, que regulan sanciones administrativas son inconstitucionales al violar, respectivamente, los

²⁰ Artículo 10.- La educación que imparta y regule el Estado deberá contribuir a su desarrollo integral para potenciar y ejercer plenamente sus capacidades, habilidades y aptitudes. Para tales efectos las autoridades competentes establecerán entre otras acciones, las siguientes:
(...)

IV. Formar, actualizar, capacitar y profesionalizar a los docentes y personal asignado que intervengan directamente en la incorporación educativa de personas con discapacidad

principios de proporcionalidad y tipicidad, regulados en los artículos 14 y 22 de la Constitución Federal.

El artículo 83, regula las causales de la suspensión indefinida de los menores en el servicio de guardería, estableciendo, en la fracción II, el supuesto que éste reincida en alguna causal de suspensión temporal imputable a sus padres, tutores o autorizados de los mismos.

En opinión de esta Comisión, lo anterior viola el principio de proporcionalidad regulado en el artículo 22 constitucional y, además, constituye una pena trascendental, por los siguientes motivos:

En efecto, la fracción II del artículo 83 prevé como presupuesto para la suspensión indefinida el que se reincida en alguna de las dos siguientes conductas:

- 1) No recoger a tiempo al menor dentro de los sesenta minutos posteriores al cierre de la guardería.
- 2) Que el usuario o la persona autorizada se presente a recoger al menor bajo el influjo de bebidas embriagantes, drogas, enervantes o cualquier otra sustancia tóxica que altere su estado de conciencia.

Debe hacerse la observación de que las dos anteriores conductas son atribuibles a los padres o tutores y de ninguna manera a los menores, sin embargo, quien sufre la consecuencia jurídica de dichas conductas no son aquellos, sino el menor que será suspendido de manera definitiva y perderá el derecho al servicio de guardería, del cual no sólo son titulares los padres, sino también y de manera directa el menor, de acuerdo con lo dispuesto por las normas constitucionales y convencionales que se han citado a lo largo de la presente demanda de acción de inconstitucionalidad.

Ciertamente, como consecuencia de lo anterior, el menor sujeto de la sanción administrativa consistente en la suspensión indefinida sufre una afectación en su derecho a la educación consagrado en los artículos 3 y 4 constitucionales.

Al efecto, es prudente hacer un análisis del servicio de guarderías, pues si bien en un principio es concebido como un elemento integrante de la seguridad social, derecho fundamental de todo trabajador, en el caso concreto, derecho de los padres y madres trabajadoras que acuden a los servicios de guardería para que se cuide y eduque a sus hijos en el transcurso de sus jornadas laborales, en opinión de esta Comisión, el servicio de guarderías tiene una doble dimensión.

Efectivamente, el servicio de guarderías es un servicio garantizado por el estado que satisface las necesidades derivadas de dos derechos fundamentales, por un lado, el derecho a la seguridad social de los trabajadores, pero por otro lado también cumple con la finalidad de satisfacer el derecho de los niños y niñas a la educación y cuidado, derechos reconocidos por el Estado mexicano no solo en la Constitución, sino también en instrumentos internacionales como lo es la Convención sobre los derechos del niño.

En esta tesitura, no hay ninguna proporción entre la conducta y la sanción, en tanto que la afectación al menor es absoluta ante una conducta que no es atribuible a él, razón por la cual, también se actualiza una pena trascendental, puesto que las consecuencias de la conducta de los padres o tutores provoca la afectación de los derechos fundamentales del menor.

Así, lo anterior resulta contrario a lo establecido en el artículo 2º, numeral 2, de la Convención sobre los Derechos del niño que claramente establece la prohibición de que los niños se vean desprotegidos, castigados o perjudicados por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Por su parte, el artículo 85 regula las sanciones administrativas consistentes en las amonestaciones escritas y la suspensión temporal del menor, remitiendo a la norma reglamentaria para su regulación.

Estas disposiciones resultan violatorias del principio de legalidad regulado en el artículo 14 constitucional, en virtud de que la regulación de los tipos queda delegada en el reglamento.

Asimismo, esta situación se ve especialmente agravada en el caso de la suspensión temporal del menor, pues en este caso la regulación reglamentaria, esto es, la construcción del tipo de la sanción administrativa estará incidiendo directamente en el derecho a la educación y sano esparcimiento de los niños, por lo que, a fin de que dichos derechos sean limitados se requiere, de manera indispensable, regulación legal en la construcción de los tipos y las sanciones.

PRUEBAS

1. Copia simple. Del “**Acuerdo por el que se designa al Doctor José Luis Soberanes Fernández para que ocupe el cargo de Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para un segundo periodo de cinco años, contados a partir del 16 de noviembre de 2004**”, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha nueve de noviembre de dos mil cuatro.

2. Copia simple. Del **Periódico Oficial del Estado de Colima, publicado el 20 de junio de 2009.**

Por lo antes expuesto y fundado, a esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, atentamente pido:

PRIMERO. Tener por presentada la demanda que promuevo con el carácter de Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

SEGUNDO. Admitir a trámite la presente demanda de acción de inconstitucionalidad en sus términos.

TERCERO. Tener por designados como delegados y autorizados a las personas indicadas al inicio de este escrito, así como por señalado domicilio para oír y recibir notificaciones y documentos.

CUARTO. Admitir las pruebas ofrecidas en el capítulo correspondiente del presente escrito, así como el disco compacto conteniendo la versión electrónica del presente escrito.

QUINTO. En el momento procesal oportuno, declare fundados los conceptos de invalidez y declare la inconstitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas.

México, D.F., a 3 de agosto de 2009.

JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ
PRESIDENTE