

LOS NIÑOS Y NIÑAS COMO GRUPO VULNERABLE: UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE
Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS

...que esa multitud andando o en el suelo, no está en la plaza como usted y cualquier otro pueden estar en una plaza de su país, sino que viven en la plaza, son la población de la plaza, viven y duermen y comen y se enferman y se mueren en la plaza, bajo ese cielo indiferente sin una nube, bajo ese tiempo donde no hay futuro porque ahí no cabe la esperanza.

Julio CORTÁZAR, *Último round*

SUMARIO: I. *Concepto de grupos vulnerables.* II. *Los niños y las niñas como grupo vulnerable.* III. *La Constitución mexicana y la niñez.* IV. *Análisis constitucional comparado.* V. *Conclusiones.* VI. *Anexo.*

I. CONCEPTO DE GRUPOS VULNERABLES

Si bien es cierto que el propio concepto de grupo vulnerable hoy se encuentra sometido a un intenso debate, no es objeto del presente trabajo profundizar en el mismo ni aportar más elementos para la discusión. Por tanto, cada vez que aparezca dicho concepto en las siguientes líneas deberá entenderse como

...aquellos grupos o comunidades que, por circunstancias de pobreza, origen étnico, estado de salud, edad, género o discapacidad, se encuentran en una situación de mayor indefensión para hacer frente a los problemas que

plantea la vida y no cuentan con los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas.¹

Cuando se señala que un grupo o un individuo se encuentra en situación de vulnerabilidad significa que se ubica en una posición de desventaja para poder hacer efectivos sus derechos y libertades. Esto puede ocurrir tanto en un plano formal como material. En el primer caso estaríamos frente a situaciones en las cuales el propio derecho ha institucionalizado la desigualdad y la ha traducido en normas. Sin embargo, suele ser mucho más común que la vulnerabilidad se produzca en el terreno de los hechos. Esto significa que aun cuando los derechos, la libertad y la igualdad de todos los individuos están reconocidos por el propio ordenamiento jurídico, en la realidad no están dadas las condiciones para que todos los individuos y grupos cuenten con ese conjunto de garantías y libertades ofrecidas por el derecho. Éste es el caso de millones de niños.

Si bien a través del derecho se ha buscado, tanto en el plano internacional como en el interno, garantizar un piso mínimo que les permita tener una vida digna y un sano desarrollo, millones de ellos se encuentran en situación de vulnerabilidad.

II. LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS COMO GRUPO VULNERABLE

En un informe reciente publicado por UNICEF (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia) denominado *El estado mundial de la infancia 2001*,² se señala que son tres las grandes amenazas que se ciernen sobre la niñez en todo el planeta: la pobreza, los conflictos armados³ y el SIDA.⁴

1 http://www.cndh.org.mx/Principal/document/derechos/fr_grupos.htm

2 Véase www.unicef.org. Un resumen de algunas de las cifras de dicho informe en: Tamayo, Eduardo, “La niñez: el eslabón más débil de la mundialización”, *ALAI*, enero de 2001.

3 El informe citado señala que: “En el último decenio las guerras provocaron la muerte de dos millones de niños, mientras que seis millones resultaron gravemente heridos y 12 millones quedaron desamparados. Se calcula que entre un 80% y un 90% de las personas que mueren o sufren lesiones en los conflictos bélicos son civiles, y en su mayoría niños y madres”. *Idem*.

4 En el mundo existen 34.3 millones de personas contagiadas de VIH/SIDA, de los cuales 1.3 millones son menores de 15 años. *Idem*.

El mundo, a lo largo de toda su historia, siempre ha tenido una doble cara; sin embargo, nunca antes había habido entre ambos rostros una diferencia tan notable. Durante la última década del siglo XX, el mundo desarrollado conoció un periodo de prosperidad económica y avance tecnológico sin precedente. Al lado de esta cara nos encontramos otra que tiene un gesto grave y amargo: en 1998, 1,200 millones de personas vivían en estado de pobreza extrema, contando con menos de un dólar diario para subsistir. 500 millones de esas personas son niños.

Es trágico saber —como subraya el informe citado— que cuando la pobreza abrumba a una familia, son siempre los más jóvenes, los más vulnerables, los que resultan más afectados. Los derechos a la supervivencia, al crecimiento y al desarrollo de esos 500 millones de niños y niñas son prácticamente inexistentes. Las cifras son desoladoras: 170 millones de niños en el mundo están mal alimentados, más de 100 millones jamás acuden a la escuela y uno de cada 10 sufre algún tipo de discapacidad. No es el objeto de este trabajo hacer un recorrido de todas estas cifras, basta decir que el año pasado murieron 11 millones de niños menores de cinco años por causas que podrían haberse evitado fácilmente, y que si se dedicara el 1% de los ingresos mundiales al año, cada recién nacido tendría garantizado un buen comienzo de vida.

1. *La función y el papel tradicional del Estado y el derecho frente a la niñez*

¿Cuál ha sido el papel que frente a los niños han desempeñado el Estado y el derecho? Para comenzar a responder esta pregunta, conviene realizar un rápido recorrido histórico de la relación que se estableció entre los niños y el Estado a partir del descubrimiento (creación) de la infancia. Siguiendo al profesor Emilio García Méndez,⁵ aquí sostendremos que dicha relación ha atravesado tres distintas etapas:

- Desde el descubrimiento de la infancia hasta 1899.
- De 1899 hasta 1989 (Convención sobre los Derechos del Niño).
- De 1989 en adelante.

5 El desarrollo de este capítulo está basado en las conferencias pronunciadas por Emilio García Méndez en las *Jornadas sobre infancia*, México, UNICEF-UAM-DIF, noviembre de 2000, y en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000.

A. Descubrimiento (*creación de la infancia*)

Para comenzar este breve recorrido histórico sobre la relación tradicional que en la historia del mundo occidental ha existido entre los niños y el Estado, lo primero que nos interesa decir es que la idea que la sociedad ha tenido de la infancia a lo largo de su historia, no ha sido siempre la misma. Fue Philippe Ariés,⁶ quien a través de un estudio sobre la pintura, puso de relieve esta cuestión. Este autor demostró que antes del siglo XVI la infancia no existía como una categoría distinta a la de los adultos. Para confirmar dicha hipótesis, el autor realizó una exhaustiva investigación sobre la pintura de los siglos XVI y XVII. Según la hipótesis del autor, si miramos los cuadros de los pintores flamencos —por ejemplo, la obra de Pieter Brueghel *El Viejo (1525-1569)* quien pintaba cuadros de bodas y fiestas campesinas—, inmediatamente podemos descubrir que no hay diferencia alguna entre la representación que se hacía de los niños y de los adultos. La única diferencia es la estatura. Los niños sólo se distinguen de los mayores porque son bajitos, pero van vestidos igual y realizan las mismas tareas que los mayores. Se trata simplemente de adultos en miniatura.

Siguiendo la hipótesis de Ariés, no es sino hasta el siglo XVII cuando el mundo occidental comienza a descubrir la infancia, o mejor dicho, cuando comienza a construirse el concepto de infancia. En un cuadro de Velázquez (1599-1660) se puede observar el cambio. En él, los niños van vestidos con ropa diferente a la de sus padres y se encuentran realizando actividades distintas. Ya no realizan labores de adultos; a partir de dicho siglo comienzan a aparecer en los cuadros escenas de fiestas y juegos infantiles.

Según el autor, es aproximadamente en este periodo cuando se establece un nuevo pacto entre adultos y niños. El adulto reconoce al niño como un ente distinto. La niñez surge como una nueva categoría social, diferenciada de los mayores. Sin embargo no es una categoría que surja espontáneamente, como producto de la naturaleza. Se trata de una categoría construida y en dicha construcción se asocia de forma casi equivalente a la idea de incapacidad. La niñez es reconocida como una etapa distinta en la evolución del humano en la que se le reconocen diferen-

6 Ariés, Philippe, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, Madrid, Taurus, 1987.

cias frente al mundo del adulto. Sin embargo, dicho reconocimiento va ligado a las nociones de inhabilitación e ineptitud. El adulto reconoce al niño como un sujeto diferente, pero ese reconocimiento se le otorga en función de que no sabe, de que no puede. La niñez nace conceptualmente ligada a la idea de imposibilidad de resolver cualquier problema, de tomar decisiones, de trabar argumentos. A los niños hay que cuidarlos, hay que protegerlos, hay que resolverles todos los problemas. El niño —como más adelante lo señalarán la mayoría de los códigos para la infancia— es incapaz. Si se buscan en el diccionario sinónimos de incapacidad, las palabras que aparecen son: incompetencia, insuficiencia, torpeza, nulidad, impotencia, invalidez, inutilidad, mutilación, atrofia.

B. *El derecho de menores como un derecho autónomo (1899-1989): el paradigma de la discrecionalidad*

Efectivamente, este reconocimiento social de la incapacidad infantil se trasladó al derecho. Fue a finales del siglo XIX cuando el derecho comenzó a ocuparse de forma diferenciada de niños y adultos (sobre todo en materia penal). Antes de esa fecha, las instituciones de reclusión eran las mismas para niños y adultos. En Estados Unidos se activó un importante movimiento a favor de dicha separación. Esta separación institucional se fue traduciendo en una separación normativa. Pronto surgió el derecho de menores como un derecho autónomo, que tuvo un desarrollo propio a todo lo largo del siglo XX.

En América Latina se crearon instituciones especiales. En cada país surgió una legislación para menores y se crearon tribunales especiales.⁷ Como es obvio, las normas y las instituciones que se desarrollaron durante esos años no fueron más que el reflejo fiel de la mirada que los adultos tenían sobre los niños. Esa mirada paternal (ista), protectora, que buscaba el cuidado y la protección de niños y niñas, se tradujo en técnica jurídica.⁸ Técnica caracterizada por una palabra clave que distinguió al derecho de menores: *discrecionalidad*. Se trataba de un derecho que le permite a quienes lo utilizan un margen amplísimo de discrecionalidad.

7 García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara, 1999, pp. 17-20.

8 Como señala García Méndez: “Sin excepción, todos los textos clásicos de la cultura minorista establecen que el juez de menores debe actuar como un buen padre de familia”, *op. cit.*, nota 5, p. 18.

dad sobre la condición de los infantes. Lejos del principio de seguridad jurídica (que lo que persigue es que las consecuencias jurídicas que puedan desprenderse de una conducta determinada, sean conocidas), el derecho de menores permitía niveles muy altos de arbitrariedad. Con base en la concepción cultural del niño como sujeto incapaz, se impuso un modelo tutelar que pretendía, en lugar de proteger el derecho de los niños (y ésta es una diferencia fundamental que se establecerá a partir de la Convención de los Derechos del Niño de 1989), proteger, simplemente, a los niños. Como se sabe, es muy distinto proteger a un individuo, que proteger los derechos de ese individuo. En el primer caso, el sujeto no es considerado como sujeto de derechos. Es considerado un sujeto al que hay que proteger, y no se debe olvidar que ha sido en nombre del cuidado y la protección que a lo largo de la historia se han cometido enormes atropellos.

Éste es el tratamiento que el derecho les dio a los niños y a las niñas durante la mayor parte del siglo XX en América Latina. Como lo ha señalado el profesor García Méndez, todas las legislaciones se inspiraron en los principios de la doctrina de la *situación irregular*.⁹ Y lo más grave de todo ello es que el derecho de los menores no es más que un reflejo de la forma en que los adultos nos hemos relacionado con los niños, y en muchas ocasiones seguimos haciéndolo.

Tampoco es casual que este derecho de los menores se haya desarrollado lejos de las Constituciones. A comienzos del siglo XX no había una sola Constitución en América Latina que se refiriera al derecho de los menores.

La relación social entre adultos y menores está construida con base en un modelo autoritario que ha considerado innecesario esgrimir argumentos para explicar el mundo a quienes se les considera sin capacidad de discernimiento. Laura Asturias lo dice muy bien: “Y al igual que ocurre con todo lo percibido como posesión, se hace con niñas y niños lo que se quiere. A cada paso se les manda callar pues no se les supone tan inteligentes o con derecho a opinar como la gente adulta...”¹⁰

9 *Ibidem*, pp. 21 y ss.

10 Asturias, Laura, *Una niña menos*, Siglo XXI, Tertulia (www.lainsignia.org).

C. *Convención sobre los Derechos del Niño (1989): un nuevo paradigma*

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). En México entró en vigor el 21 de octubre de 1990 y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991. Se trata de un instrumento internacional (tratado) que reconoce a todos los menores de 18 años como sujetos plenos de derechos. Desde esa fecha, 190 países (todos menos dos) han ratificado dicha norma convirtiéndola en el instrumento internacional de protección de los derechos humanos que mayor consenso ha suscitado entre los Estados miembros de las Naciones Unidas. ¿Qué es? Es un esfuerzo muy importante de codificación. Antes de la Convención, la dispersión normativa en materia de derechos subjetivos para la infancia era enorme. Ahora contamos con un conjunto de derechos y garantías fundamentales para niños y niñas que a la vez se traducen en un importante catálogo de obligaciones para el Estado, la familia y la sociedad.

Este nuevo instrumento jurídico fue construido con base en la *Doctrina de Protección Integral*. Esta doctrina es el marco que sirvió como fundamento teórico de la Convención.

Las normas creadas bajo el espíritu de esta doctrina aspiran a tener, entre otros, los siguientes elementos:¹¹

- a) En primer lugar, se trata de normas que buscan regular al conjunto de la categoría infantil y no sólo a aquellos individuos que viven situaciones de precariedad.
- b) Los órganos judiciales especializados en niños deben encargarse, como cualquier otro tribunal, de dirimir controversias cuya naturaleza sea jurídica.
- c) Asegurar jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En materia penal se busca sustituir el viejo binomio impunidad-arbitrariedad por el de severidad-justicia.
- d) Considerar a la infancia como sujeto pleno de derechos.

11 Cfr. Rabanales, Marvin, "El sentido real de la Convención sobre los Derechos de la Niñez", en Corona, Yolanda (coord.), *Infancia, legislación y política*, México, UNICEF-UAM, 2000.

- e) Eliminar eufemismos falsamente tutelares. Reconocer que “internar” o “ubicar institucionalmente” a niños y jóvenes es una formal privación de la libertad.

III. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y LA NIÑEZ

1. *Análisis del artículo 4o. y su última reforma de abril de 2000*

A comienzos del siglo XX no existía la constitucionalización de los derechos de la niñez. El artículo 4o. constitucional, que es el más importante en esta materia, en su texto original hacía referencia al trabajo; posteriormente se reformó en 1974 para pasar su contenido al artículo 5o., y en el 4o. se estableció que el varón y la mujer son iguales ante la ley; que se protegería la organización y el desarrollo de la familia, así como que toda persona tiene derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos. A partir de 1980 se señalaría que “era deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinaría los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”. Es así como no se dio un paso adelante en la redacción de este artículo, ya que sería necesario que la legislación secundaria y las sentencias de los tribunales respetaran el espíritu del derecho internacional sobre protección de los niños y las niñas. Este artículo comenzaba con una oración patriarcal: “Es deber de los padres”, se colocaba a los padres como intermediarios necesarios.

Este artículo 4o., en su párrafo segundo, señala que la ley “protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. Posteriormente, en el párrafo tercero, afirma que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”. En el sexto párrafo dispone que “toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa”.

No es sino hasta el 12 de abril de 2000 cuando se reforma el artículo 4o. constitucional para ampliar la regulación relativa a los niños y las niñas. En sus párrafos séptimo, octavo y noveno dispone que “los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo in-

tegral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos”. Y, además, “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”.¹²

2. *Otros artículos relacionados con la niñez: 1o., 3o., 34 y 123*

Asimismo, aparte del artículo 4o., la Constitución mexicana consigna otra serie de disposiciones. En su artículo 1o. (texto vigente hasta la fecha de realización de este trabajo) establece que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...”,¹³ entendiéndose por todo individuo, a los hombres y mujeres que habiten en el territorio nacional, pero dichas garantías o derechos fundamentales sólo podrán limitarse en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

El artículo 3o. dispone que todo individuo tiene derecho a recibir educación laica, con criterios que busquen luchar contra la ignorancia y sus efectos, basados en la democracia, entendida ésta como un sistema de vida, fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo. “El Estado —federación, estados y municipios— impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación primaria y la secundaria son obligatorias”.

Mientras que del artículo 34 de la Constitución se desprende, si lo interpretamos, que son niños aquellas mujeres y varones que tengan menos de 18 años. Sin embargo, sólo es una interpretación, ya que en algunos estados de la república se ha determinado que los mayores de 16 años, en el caso de responsabilidad penal, serán tratados como adultos, contrariando así el texto constitucional federal, así como los tratados internacionales ratificados por México, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, que entró en vigor en 1981, por citar alguno.

12 Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, CNDH, 2000, pp. 15 y 16.

13 *Ibidem*, p. 13.

En este mismo sentido, el artículo 123 de la Constitución dispone que quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, de los menores de 16 años; y que queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de 14 años, y que los mayores de esta edad y menores de 16 tendrán como jornada máxima la de seis horas. En cuanto al trabajo extraordinario, los menores de 16 años no serán admitidos en esta clase de trabajos. Todo ello a pesar de lo que señala el artículo 34 cuando establece que la calidad de ciudadanos se obtiene a la edad de 18 años, más incongruente resulta cuando a esta edad sólo se tiene el derecho de votar pero no para ser votados (el artículo 54 determina 21 años para ser diputado, y el artículo 56 señala 28 años para ser senador). Estos derechos, y en el ámbito del derecho comparado, son vistos como un solo derecho: el derecho al sufragio activo y pasivo. También nos percatamos que, de manera casi uniforme, en diversos países, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años y los menores de dicha edad son niños o niñas.¹⁴

3. *Los tratados internacionales ratificados por México*¹⁵

Además de los artículos constitucionales anteriores, México ha firmado y ratificado diversos convenios internacionales para proteger los derechos de la niñez, entre ellos se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que en su artículo 10 establece que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición; también se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual contiene también diversas disposiciones protectoras de los derechos de los niños. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José, Costa Rica, en 1969, establece que para ser condenado a pena de muerte, el inculpado deberá ser mayor de 18 años; también contamos con la CDN; el Convenio Internacional del Trabajo número 58, por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo, que entró en vigor en 1953 y que se publicó

¹⁴ Cfr. Lasarte Álvarez, C., "Mayoría de edad", *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. III, pp. 4210-4212.

¹⁵ Véase el anexo de este trabajo.

en 1952; el Convenio Internacional del Trabajo número 90, relativo al trabajo nocturno de los niños en la industria, que entró en vigor en 1957 y que se publicó 1956, en el cual existe una reserva por parte de nuestro país al señalar que se hace constar que la legislación mexicana dispone como edad límite la de 16 años y no la de 18 años. Asimismo, existe el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, que entró en vigor en 1991 y que se publicó en 1992, y la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en vigor desde 1995 y publicada en 1994.¹⁶ Todos ellos, y conforme a la última tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se encuentran por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes.

4. Legislación nacional

El Código Civil para el Distrito Federal contiene una serie de disposiciones que protegen los derechos del menor, en los que se regulan algunos de los derechos establecidos por la Constitución federal. La siguiente tabla muestra algunos de estos derechos.

<i>Artículos del Código Civil para el Distrito Federal</i>	<i>Protección jurídica</i>
2o., 22 y 23	Capacidad jurídica del menor
22, 54 y 55	Nacimiento
293, 295, 391, 392, 396	Adopción
162, 164 y 173	Matrimonio
293, 295, 303, 305	Parentesco y alimentos
324, 340, 341, 360, 361, 362	Paternidad y filiación
323 ter, 323 quárter, 323 quintus	Violencia familiar

¹⁶ Véase <http://www.cndh.org.mx/Principal/document/juridica/tratint/INSTRUMENTOS/.../doc88.ht>.

Con relación al Código Penal para el Distrito Federal, veamos la siguiente tabla:

<i>Artículos del Código Penal para el Distrito Federal</i>	<i>Protección jurídica</i>
24, inciso 17	Penas y medidas de seguridad
174	Violación de correspondencia
201, 201 bis, 202, 203	Corrupción de menores
207, 208	Trata de personas y lenocinio
261, 262, 266, 266 bis	Delitos sexuales
272	Incesto
281 bis	Delitos contra la dignidad de las personas
323	Homicidio en razón del parentesco
329, 330, 331, 332, 333, 334	Aborto
335, 336, 340	Abandono de personas
343 bis, 343 ter, 343 quáter	Violencia familiar

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1991, en vigor a partir de 1992 y reformada en 1998,¹⁷ tiene como objetivo: “reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal”,¹⁸ estableciendo así la estructura y organización del

17 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1991, reformada el 23 de enero de 1998. *Cfr. Agenda penal del Distrito Federal 2000*, México, Ediciones ISEF, 2000.

18 *Ibidem*, artículo 1o.

Consejo de Menores; del procedimiento para la integración de las infracciones y substanciación y de las medidas de seguridad.

Como resultado de las disposiciones pactadas en la CDN,¹⁹ así como de la reforma constitucional al artículo 4o. de abril de 2000, en ese mismo año el gobierno federal mexicano expidió la “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”,²⁰ la cual se fundamenta en dicho artículo constitucional y tiene por objeto garantizar a niños, niñas y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos reconocidos en la Constitución. En el artículo 3o. de esta Ley se establece que “la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad”, y consigna como principios rectores de dicha protección los siguientes:

- El del interés superior de la infancia.
- El de la no discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
- El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.
- El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.
- El de tener una vida libre de violencia.
- El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
- El de tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

“A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta ley o en los tratados internacionales y en los términos del artículo 133 de la Constitución, se estará a los principios generales que deriven de dichos ordenamientos y a falta de éstos, a los principios generales del derecho”

19 Desde su creación, los Estados firmantes de la CDN se comprometieron, en el artículo 4o., a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos establecidos en la misma. *Cfr. www.cndh.org.mx*

20 Aprobada por la Cámara de Diputados el 28 de abril de 2000 y por el Senado el 29 del mismo mes.

(artículo 6o. de la Ley). Además, se tutelan los siguientes derechos: de prioridad; a la vida; a la no discriminación; a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo psicofísico; a ser protegido en su integridad, en su libertad, y contra el maltrato y el abuso sexual; a la identidad; a vivir en familia y a la salud. Contiene un capítulo especial para el tratamiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, en el cual se regulan los siguientes derechos: a la educación, al descanso y al juego, a participar, a la libertad de pensamiento y a una cultura propia; en ambos casos, tienen derecho al debido proceso en caso de infracción a la ley penal.

A pesar de lo novedoso de esta ley, nos parece que siguen siendo necesarias reformas constitucionales y legales que permitan una mejor protección de los derechos de la niñez. Algunas organizaciones no gubernamentales han propuesto, y coincidiendo con ellas, que es pertinente modificar nuevamente el artículo 4o. constitucional, a fin de que incluya los siguientes aspectos:

- La consideración de niño y niña para todo ser humano menor de 18 años.
- El reconocimiento del Estado mexicano de los derechos de la niñez como garantías o derechos fundamentales y no contemplarlos sólo en leyes, códigos, etcétera.

Asimismo, se requiere establecer en el artículo 73 constitucional la facultad del Congreso para legislar en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, en el entendido de que se trata de un tema de prioridad para la federación.

En cuanto a la Ley, se propone:

- a) Incluir la totalidad de los derechos establecidos en la CDN.
- b) Desarrollar disposiciones y procedimientos normativos básicos que garanticen el cumplimiento de cada uno de los derechos que forman parte de esta Ley y que sirvan como ejes para la organización de la política pública.
- c) Crear un sistema de coordinación para la promoción y defensa de los derechos de la niñez y de la adolescencia, integrado por un conjunto de órganos, entidades y servicios del gobierno y de la sociedad civil que formulen, coordinen, integren, orienten, super-

visen, evalúen y controlen las políticas, programas y acciones de interés público a escala nacional, estatal y municipal, destinadas a establecer los medios a través de los cuales se asegure el ejercicio efectivo de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes establecidos en dicha Ley.²¹

IV. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL COMPARADO

Para tratar este apartado hemos seleccionado diversos países de América Latina y Europa. Comenzaremos analizando el tratamiento constitucional que se le ha dado a los derechos de los grupos vulnerables en general y a los del menor en particular, ya que en diversas Constituciones la protección a dichos grupos la encontramos en un marco general relativo a la protección de los derechos humanos, salvo el caso específico de Francia, en el que la legislación secundaria se encarga de regular lo relativo a la protección de los derechos de la niñez. En el caso francés, los elementos de inseguridad, con respecto a la protección de los derechos de la niñez, son mayores en teoría, ya que la regulación de los mismos se delega a la legislación secundaria. La Constitución de Francia, promulgada el 4 de octubre de 1958, establece en su artículo 34 que todas las leyes deberán pasar por el Parlamento y deberán determinar los principios relativos a los derechos civiles y garantías fundamentales de los residentes en el ejercicio de sus libertades públicas; nacionalidad; capacidad legal de las personas; educación; contratos de matrimonio; herencia y legados. Sin embargo, la evolución que los derechos de la niñez y del principio de “interés superior del niño”²² han sufrido en América Lati-

21 Cfr. “Propuestas”, *Agenda política sobre legislación para proteger derechos de la niñez*, Cides-Ediac-Ednica-Fundación para la Protección de la Niñez (mimeo).

22 La aparición de este principio en el derecho internacional se debe a un extenso uso que del mismo se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. Cfr. Cillero Bruñol, Miguel, “Interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Buenos Aires, Temis, 1998, p. 76. “La Comisión Nacional de Derechos Humanos está consciente de que este principio ha de ser utilizado con precaución toda vez que la doctrina aún no lo ha acabado de precisar y considera que dicho concepto permite apreciar las normas cuya aplicación está dirigida a los niños y a las niñas en función de los cuidados y la asistencia especiales que unos y otras requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social”, cfr. *Análisis comparativo de legislación local e internacional relativo a la mujer y a la niñez*, México, CNDH, 1997, p. 34.

na, ha marcado la pauta para que poco a poco las legislaciones de cada país adopten las medidas necesarias tendentes a regular los derechos de los niños.

La Constitución brasileña contiene diversas disposiciones con respecto a los derechos de la niñez. En primer lugar se encuentra el capítulo relativo a los derechos sociales, y en su artículo 6o. establece: “Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, la seguridad, la previsión social, la protección de la maternidad y de la infancia, la asistencia a los desamparados y los demás que prevea la Constitución”.²³ Una regulación que a simple vista nos parece insuficiente.

El artículo 7o. establece los derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social; en su fracción XII se garantiza el salario familiar para las personas a su cargo, al igual que asistencia a los dependientes del trabajador desde su nacimiento hasta los seis años de edad (fracción XXV) y se prohíbe el trabajo nocturno a los menores de 18 años y cualquier trabajo a los menores de 14 años, salvo que sean aprendices (fracción XXXIII). En la sección relativa a la “Asistencia social”, el artículo 203 tiene por objeto la protección de la familia, la maternidad, la infancia, la adolescencia y la vejez, y en el artículo 226 se establece que la familia, base de la sociedad, gozará de especial protección del Estado.

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978 determina, en su artículo 39.4, que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Además de lo anterior, el legislador español se encargó de regular en diversos ordenamientos secundarios lo relativo a los derechos de los niños; a continuación enumeramos algunos ejemplos:

- Decreto de 2 de julio de 1948. Texto refundido sobre protección de menores.
- Convenio de 7 de mayo de 1954 entre la UNICEF y el gobierno español.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

23 Flanz, Gisbert H., “Constitución de la República Federal de Brasil”, *Constitutions of the Countries of the World*, Nueva York, Oceana Publications, 1995, p. 7.

- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican diversos artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores.²⁴

La protección de la niñez en ese país recibe un nuevo impulso con la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996. Dicha Ley establece los derechos de los niños y las niñas, los principios y actuaciones de la administración y las reformas del Código Civil sobre tutela y adopción.²⁵

La Constitución alemana de 23 de mayo de 1949, en su primer capítulo denominado “Derechos básicos”, establece un catálogo especial de derechos a favor de la niñez. En su artículo 5o. dispone que el matrimonio y la familia disfrutarán de la protección especial del Estado. También prevé que el cuidado y educación de los niños son un derecho y obligación natural de los padres y es responsabilidad de la comunidad asegurar que ellos cumplan con este deber. Más adelante establece que no puede separarse a los niños de sus familias en contra de la voluntad de sus padres o tutores, salvo que exista una disposición legal o judicial que así lo establezca, o en caso de existir un peligro que afecte a los niños. Los niños nacidos fuera de matrimonio tendrán las mismas oportunidades con respecto a su lugar en la sociedad, y su desarrollo físico y mental con relación a los hijos de matrimonio.²⁶ El artículo 6o. constitucional establece que los padres o tutores tienen el derecho para decidir si los niños reciben instrucción del Estado o religiosa.

La Constitución de Argentina de 23 de agosto de 1994 establece un catálogo de declaraciones, derechos y garantías del artículo 1o. al 43, en el cual no se hace mención alguna sobre los derechos de los niños. Sin embargo, en el artículo 86 se establece el organismo encargado de la defensa y protección de los derechos humanos denominado “Defensor del pueblo”, el cual es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la nación. La protección y defensa de los derechos

²⁴ Cfr. Juaniz Maya, José Ramón (coord.), *Código de los derechos del niño*, Madrid, Aranzadi, 1995.

²⁵ Espín Cánovas, Diego, “La protección del menor en la reciente legislación española”, *Jurídica, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 26, 1996, pp. 359 y 360.

²⁶ Cfr. Flanz, Gisbert H., “The Basic Law of the Federal Republic of Germany”, *Constitutions of the Countries of the World*, Nueva York, Oceana Publications, 1994.

del menor se inicia desde el Congreso, ya que entre sus atribuciones encontramos dos de especial importancia para nuestra investigación:

Artículo 75. Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos... La Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social, especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.²⁷

La Constitución colombiana de 1991 es mucho más específica en el tratamiento de los derechos de la niñez. En su artículo 44 establece lo siguiente:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el

²⁷ Flanz, Gisbert H., "Constitución de la República de Argentina", *op. cit.*, nota 23, p. 12.

ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.²⁸

De igual forma establece un catálogo de derechos para la familia, para el hombre y la mujer, para los jóvenes y para la tercera edad, pero llama la atención que establezca expresamente que los derechos de la niñez están por encima de los demás.

V. CONCLUSIONES

La última reforma al artículo 4o. constitucional de abril de 2000 se realizó conforme al espíritu de la CDN. Si comparamos la redacción de la actual norma constitucional con el texto anterior descubrimos que en la intención del constituyente permanente está la de contemplar a los niños y a las niñas como auténticos sujetos de derecho. Sin embargo, no es el caso de otros artículos constitucionales cuya redacción y contenido es conveniente que se modifique. Asimismo, la legislación secundaria, no la federal sino la local, debe ser revisada, como en el caso de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que ya aprobó una Ley sobre los Derechos de los Niños y las Niñas, algunos estados de la república ya lo han hecho, por ejemplo, Veracruz.

Conforme a la CDN hace falta incluir expresamente en la Constitución, particularmente en los artículos 4o. y 123, que los niños y niñas son todas las personas menores de 18 años de edad. También es necesario conformar un catálogo amplio de sus derechos fundamentales, el cual consigne que la vida de los niños y niñas debe ser respetada; que desde que nacen deben tener un nombre y una nacionalidad; que todos los niños y niñas tienen derecho a expresar su opinión, sobre todo en el caso de que algo les afecte de manera directa; que se les respeten sus libertades de pensar, creer y elegir; que tienen derecho de asociarse y reunirse, sin por esto afectar los derechos de las demás personas, etcétera, tal y como lo establece la Constitución colombiana en su capítulo “de derechos fundamentales”.

De acuerdo con la investigación realizada en 1996 por Alicia Elena Pérez Duarte y Laura Salinas, y tomando en cuenta sus conclusiones, el trabajo que resta es muy amplio.²⁹ En este mismo sentido, y apoyándonos en la experiencia constitucional comparada, es recomendable incluir en la redacción de nuestro artículo 4o. constitucional el concepto de derechos fundamentales para la niñez, siguiendo el ejemplo de la Constitución colombiana. De tal forma, sería más factible que los niños y las niñas conocieran cuáles son sus derechos, y los medios que existen para hacerlos valer, como el juicio de amparo. O, en el mejor de los casos, señalar en el texto constitucional que los derechos consagrados en la CDN tienen rango constitucional y que serán protegidos por el amparo. En esta materia, el anteproyecto de nueva ley de amparo de 2000 es un avance al reconocer que estos derechos podrán ser protegidos, pero que es necesario reconocerlos totalmente como verdaderos derechos fundamentales.

VI. ANEXO

Los derechos de los niños han sido preocupación de la comunidad internacional desde la segunda década del siglo pasado, y podemos resumir su evolución de la siguiente manera:

- a) Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, formulada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia, en 1924;
- b) Declaración Universal de Derechos Humanos, que adoptó la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (AGONU) el 10 de diciembre de 1948. Dicho documento establece en el párrafo segundo del artículo 25 que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”;
- c) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la Novena Conferencia Internacional Americana (en la que se firmó la Carta de la Organización de los Estados Americanos) en 1948. La misma consagra, en su artículo VII, el derecho de todo niño a la protección, cuidado y ayuda especiales. De

²⁹ Cfr. Salinas, Laura, “La tutela de los derechos humanos de mujeres y menores en las normas jurídicas mexicanas”, en Corona, Yolanda, *op. cit.*, nota 11, pp. 29 y 35.

igual forma el artículo XXX del referido documento establece deberes para con los hijos y señala que “toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad”;

- d) Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la AGONU el 20 de noviembre de 1959, la cual establece 10 principios que tienen como objetivo procurar el bienestar del menor;
- e) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la AGONU en diciembre de 1966, estableciendo en su artículo 10 que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición (este instrumento fue ratificado por México en 1981);
- f) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la AGONU en 1966, el cual contiene también diversas disposiciones protectoras de los derechos de los niños;
- g) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José, Costa Rica, en 1969, establece que para ser condenado a pena de muerte, el inculcado deberá ser mayor de 18 años, además de establecer normas protectoras del menor en caso de divorcio y suspensión de garantías, y
- h) La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la AGONU el 20 de noviembre de 1989, instrumento jurídico internacional en cuyo preámbulo se reconoce que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales” y que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.³⁰

30 Cfr. Tamés Peña, Beatriz (comp.), *Los derechos del niño. Un compendio de instrumentos internacionales*, México, CNDH, 1995, p. 97.