

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS ¿UNA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS Y NIÑOS EN MÉXICO?*

THE CONSTITUTIONAL REFORM ON HUMAN RIGHTS. A REVOLUTION IN THE RIGHTS OF CHILDREN IN MEXICO?

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ **

RESUMEN: De acuerdo a cifras oficiales, en México existe una clara resistencia para aceptar que las personas menores de edad son titulares de los derechos que ya están contemplados en la Constitución y las leyes. Este hecho explica, en buena medida, porque el reconocimiento y garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes no es siquiera un tema visible en la agenda pública.

No obstante, con la histórica reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de este año, el tema adquiere una mayor relevancia. Este artículo tiene como objetivo proponer algunas claves de interpretación sobre la revolucionaria reforma en materia de derechos humanos, y sostiene, asimismo, que las dificultades en el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes plantean nuevos retos en torno al marco jurídico para la adecuada protección de los derechos de este grupo en condición de vulnerabilidad en México.

PALABRAS CLAVE: Reforma constitucional en materia de derechos humanos, derechos de niñas, niños y adolescentes, Convención sobre los Derechos del Niño, mecanismos de protección de los derechos, interés superior de la niñez.

ABSTRACT: According to official figures, in Mexico there is a clear reluctance to accept that minors are entitled to the rights already contained in the Constitution and laws. This explains, in large part, why the recognition and guarantee of the rights of children is not even a visible issue in the public agenda.

However, with the historic constitutional reform on human rights approved in June this year, the issue becomes more important. This article attempts to provide some key interpretations of the revolutionary reform on human rights, and also argues that the difficulties in recognizing the rights of children and adolescents present new challenges around the legal framework for the adequate protection of the rights of this vulnerable group in Mexico.

KEYWORDS: Constitutional reform on Human Rights in Mexico, Rights of the Child, Convention on the Rights of the Child, Protection Mechanisms on the Rights of the Children, Best Interest of Childhood.

*Una primera versión de este artículo fue publicado en la *Revista México Social*, Ceidas, noviembre 2011 con el título *Dificultades, avances y desafíos: Los derechos de niñas, niños y adolescentes en México*.

** Investigadora del Instituto de Investigación Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *La protección constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes*. III. *La Convención sobre los Derechos del Niño*. IV. *La agenda pendiente*.

I. PREÁMBULO

La Encuesta Nacional sobre Discriminación en México 2010 aporta algunas claves sobre las dificultades en el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

Seis de cada diez personas opina que los niños deben tener *los derechos que les da la ley*, mientras que tres de cada diez consideran que deben tener *los derechos que sus padres les quieran dar*. Poco más de tres por ciento considera que *los niños no tienen derechos porque son menores de edad*.¹

Estos resultados ilustran claramente la resistencia para aceptar que las personas menores de edad son titulares de los derechos que ya están contemplados en las leyes y puede explicar, en buena medida, porque ni siquiera son visibles en la agenda pública. Poner sobre la mesa el tema es, pues, uno de los primeros retos del que debemos hacernos cargo para abordar la reforma en materia de derechos humanos y las dificultades para su reconocimiento y garantía.

Este texto tiene como objetivo proponer algunas claves de interpretación sobre la reforma y, en esa línea, plantear brevemente los retos en torno al marco jurídico para la adecuada protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en México.

II. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Tras varios años de intensos debates, discusión de diversas propuestas y negociaciones, finalmente fue aprobada y publicada la reforma constitucional en materia de derechos humanos. La simple modificación del artículo 1

¹ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación; Encuesta Nacional sobre Discriminación en México-Enadis 2010.

transforma sustancialmente nuestro régimen jurídico al reconocer jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos.

Pese a que en todos los ámbitos la transformación fue de gran calado, en lo referente al reconocimiento y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, nos enfrentamos, sin duda, a un fenómeno, cuyas dimensiones, me atrevo a decir, aún no han sido suficientemente sopesadas ¿Constituye ésta, o por lo menos puede significar el comienzo de, una verdadera revolución —muy necesaria— de los derechos de niñas y niños en México?

La protección constitucional de los derechos de niñas y niños estaba contenida —hasta antes de la reforma— en los párrafos 6, 7 y 8 del artículo 4 constitucional. Pese a que, según la exposición de motivos que acompañó a la reforma al artículo 4 en 2000, estos párrafos pretendían adecuar el marco constitucional con la Convención sobre los Derechos del Niño que había sido ratificada por México en 1991, la redacción en poco correspondía al tratado internacional. Mientras que la Convención consta de 54 artículos en los que reconoce una gran variedad de derechos, tanto económicos, sociales y culturales como civiles y políticos, la Constitución se limita a establecer que *los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral*.²

El contraste es evidente y deja al descubierto la exigüidad del artículo 4. Es por ello que el cambio derivado de la reforma al artículo 1 es dramático, en virtud de que amplía de forma importante el catálogo de derechos para las personas menores de 18 años de edad. Así, es posible afirmar que la redacción actual del artículo 1 constitucional “deroga”, de facto, el artículo 4 en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, o por lo menos, supera ampliamente su contenido.

Sin embargo, recientemente fue publicada una reforma³ a los artículos 4 y 73 constitucionales que, a partir de una visión integral de la reforma en materia de derechos humanos, constituye, al mismo tiempo, una buena y otra muy mala señal. La buena se relaciona con el artículo 73, porque una de

² El primer antecedente de los derechos de niñas y niños en la Constitución fue publicado en el Diario Oficial de la Federación 18 de marzo de 1980, como resultado del Año Internacional del Niño proclamado por la Organización de Naciones Unidas en 1979 y establecía lo siguiente: *Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.*

³ Publicada el 12 de octubre de 2011 en el Diario Oficial de la Federación.

las lagunas era precisamente la atribución de una facultad expresa al Congreso de la Unión para *expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes*;⁴ por su parte, la mala señal tiene que ver con el artículo 4, debido a que la incorporación del concepto de “*interés superior de la niñez*” era absolutamente innecesaria con la reforma del artículo 1. Pero además, es un indicio negativo también porque deja intocado el reducido listado de derechos que reconocía desde 2000, poniendo de manifiesto que no se han asumido –probablemente ni siquiera se tiene noción de– las obligaciones mínimas establecidas por los tratados internacionales y los efectos del reconocimiento de su jerarquía constitucional.

Respecto de las razones que motivaron la reforma al artículo 4, aun habiendo sido ya modificado el 1 constitucional, podemos aventurar dos: la primera es que responde a un impulso de hace varios años que proponía la reforma tanto del artículo 4⁵ como del 73 y no fue posible –o no se consideró prudente– detener la iniciativa que incluía la modificación de ambas disposiciones; y la segunda es que los legisladores no vislumbraron los alcances de la reforma al artículo 1 en relación con los párrafos 6, 7 y 8 del artículo 4.

Esta última hipótesis podría parecer infundada si es que no existieran los suficientes elementos para sospechar que, en primer lugar, no se han comprendido las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Estado mexicano y, en segundo lugar, que la infancia y la adolescencia, tanto en lo que se refiere a políticas públicas como al diseño del marco institucional y legal, no constituyen una prioridad en la agenda nacional. Muestra de ello es, precisamente, la permanencia de la restringida relación de derechos de niñas y niños, perdiéndose una oportunidad histórica de plasmar en la Constitución un marco jurídico acorde con los ins-

⁴ Fracción XXIX-P del artículo 73 constitucional reformado.

⁵ Desde hace varios años se insistía en dar reconocimiento constitucional al principio del *interés superior del niño* contenido en la Convención, sin embargo, la reforma utiliza la expresión, poco afortunada, “*interés superior de la niñez*”. El término utilizado por la Convención se refiere claramente al titular del derecho individual, no a un colectivo como parece ser la “*niñez*”. Es lamentable debido a que en poco ayuda a superar las resistencias hacia el reconocimiento de la dignidad presente de cada niña o niño y, por ende, su condición de titular de derechos.

trumentos internacionales.⁶ Es importante mencionar en este punto que hay muchas evidencias para afirmar que aún hace falta una gran transformación política, cultural y social para el reconocimiento real –y no solo aparente– de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos.

III. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El tratado fundamental en materia de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, como se ha mencionado ya, es la Convención sobre los Derechos del Niño,⁷ que se complementa con dos protocolos facultativos: Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁸ y Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.⁹ Tanto la Convención como los protocolos han sido ratificados por México y, en consecuencia, forman parte ahora del marco de protección constitucional para las personas menores de edad. Como se mencionó, la Convención contiene un catálogo amplio de derechos en 54 artículos que incluyen, entre otros, el derecho a la identidad, libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión, libertad de asociación, protección de la vida privada, acceso a la información, derecho al juego, a la protección en contra de la explotación,

⁶ Es importante señalar que se presentaron algunas propuestas integrales de reforma en materia de derechos humanos que contemplaban el reconocimiento y protección de los derechos de niñas y niños, una de ellas fue la propuesta por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que puede ser consultada en la siguiente dirección electrónica. <http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/propuestareformaconst.pdf>

^{Para} una reflexión sobre los contenidos de una reforma constitucional en materia de derechos de niñas y niños puede consultarse: González Contró, Mónica; “La reforma constitucional pendiente en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, enero-junio de 2009, n. 20, p. 229 a 253

⁷ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) se limita a establecer en el artículo 19 el derecho que: *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.*

⁸ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

⁹ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002.

justicia para adolescentes, derecho a la educación, derechos de niños con discapacidad, adopción, etc.

La Convención contempla en el artículo 43 la creación del Comité de los derechos del niño. Este órgano es el encargado de supervisar su cumplimiento y el de los dos protocolos facultativos.¹⁰ Está integrado por 18 expertos internacionales que realizan observaciones a los informes presentados por los Estados partes en cumplimiento a la obligación del artículo 44 de este instrumento internacional.

El Comité emite también otro tipo de documentos, las Observaciones Generales,¹¹ que constituyen interpretaciones sobre derechos específicos contenidos en la Convención. Durante los últimos años, el Comité se ha pronunciado sobre los siguientes temas: educación, instituciones de derechos humanos, VIH sida, salud de los adolescentes, medidas generales de aplicación de la Convención, menores no acompañados, primera infancia, castigo corporal, niños con discapacidad, justicia de menores, el derecho a ser oído y a ser protegido en contra de cualquier forma de violencia.

Una de las Observaciones Generales que debe orientar la actuación de las autoridades en relación con los derechos de niñas y niños, es la Observación General no. 5 sobre Medidas Generales de Protección. En ésta el Comité no solo establece criterios para la elaboración de los informes de los Estados, sino que reitera la identificación de los principios que deben dirigir la interpretación de los derechos de la Convención y la necesidad de una perspectiva basada en los derechos del niño para garantizar la aplicación de la Convención. Los principios señalados por el Comité son: interés superior del niño, no discriminación, derecho a la vida a la supervivencia y al desarrollo y derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones.

Por ello, es necesario dirigir los esfuerzos hacia algunos puntos estratégicos: la armonización de la normatividad interna con los derechos y principios de la Constitución —incluida la Convención—, el diseño de los mecanismos de garantía de los derechos y la integración plena, con todo lo que ello significa, de los contenidos del derecho internacional en la materia, in-

¹⁰ En 2011, el Comité emitió recomendaciones al Estado mexicano respecto de los dos protocolos.

¹¹ Las Observaciones generales son resultado del Día de Debate Anual que se celebra en Ginebra, Suiza. Pueden ser consultadas en la siguiente dirección electrónica: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>

cluidos los documentos emitidos por los órganos internacionales que tienen como función la interpretación de los tratados.¹²

V. LA AGENDA PENDIENTE

La agenda en materia de derechos de la infancia y la adolescencia está, en muy buena medida, planteada desde hace algunos años por el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones realizadas al Estado mexicano con motivo de la presentación de su informe periódico.¹³ En 2006¹⁴ el Comité expresó varias preocupaciones a nuestro país, entre las que destacan las siguientes:¹⁵

- Preocupación por la desigualdad y pobreza en México.
- Falta de asignación de recursos para políticas públicas a favor de la infancia.
- Falta de cumplimiento de los principios de la Convención: no discriminación, interés superior del niño, respeto a las opiniones del niño y derecho a la vida a la supervivencia y desarrollo, así como una insuficiente difusión y capacitación sobre los derechos contenidos en el tratado internacional.
- Insuficiencia en la adecuación legislativa para garantizar los derechos contenidos en la Convención.
- Falta de datos sobre la situación de las niñas y niños, especialmente niñas y niños separados de su medio familiar y con discapacidad.

Respecto de los protocolos, es importante resaltar las siguientes preocupaciones expresadas por el Comité en 2011:¹⁶

¹² Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño.

¹³ Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención; Observaciones Finales; México ; CRC/C/MEX/CO/3; 8 de junio de 2006.

¹⁴ La más reciente observación del Comité a México es de 2006. En abril de 2011 nuestro país debía presentar el informe, lo que no ha cumplido.

¹⁵ Por cuestiones de espacio se han resumido mucho los contenidos de la observación del Comité, resaltando solo las ideas que se consideran más importantes.

¹⁶ Es interesante y al mismo tiempo preocupante que el Comité señala, entre sus motivos de preocupación respecto del Protocolo relativo a la participación de niños en los conflictos armados que se considere como militares a niños menores de 18 años aplicándose la disciplina militar e involucrándolos en actividades militares, en particular búsqueda y destrucción

- Falta de un esquema claro de coordinación entre las autoridades estatales y federales y locales en lo que se refiere a la aplicación de los protocolos.
- Falta de mecanismos de coordinación con Organizaciones de Sociedad Civil.
- Falta de un diagnóstico adecuado respecto de los niños víctimas tanto de conflictos armados como de venta, prostitución infantil y pornografía.
- Falta de legislación, específicamente penal, en la materia de los protocolos.
- Falta de capacitación y difusión de la Convención y los protocolos facultativos.
- Insuficiencia en la asignación de recursos.
- Falta de una estrategia de prevención con enfoque en los derechos de niñas y niños.
- Insuficiencia de las medidas de restitución de derechos y de reintegración social.
- Ausencia de mecanismos para la recepción de quejas de los propios niños en las Comisiones de Derechos Humanos, con excepción de la del Distrito Federal.

En esta línea, hay algunas tareas necesarias y urgentes para cumplir con las obligaciones derivadas de la ratificación de la Convención, especialmente a partir de su incorporación al marco jurídico constitucional de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Entre estas acciones destacan las siguientes:

- La aprobación de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes y la correspondiente creación del sistema integral, con el fin de cumplir tanto con un mandato constitucional, como de atender este rubro fundamental en materia de seguridad pública.
- El diseño institucional para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. En este sentido, se requiere crear un órgano especializado en la materia, pues hasta el momento el tema está en manos del DIF, encargado, de acuerdo con la Ley General de Salud, de la asistencia social. Esta situación que se ha prolongado en el tiempo refleja la visión asistencial desde la que se protegen los derechos y es a todas

de drogas, la falta de información y de medidas de prevención de reclutamiento de niños por grupos armados, así como la afectación de niñas y niños por la violencia en México.

luces inadecuada e insuficiente para su garantía. Para este fin es necesario un órgano compatible con nuestro marco normativo, y, dada la relevancia del tema, se propone la creación de un órgano constitucional que tenga como función la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

- La transformación de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en una ley general, reglamentaria de los artículos 1 y 4 constitucionales, así como de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto supone el carácter obligatorio de la adecuación de los contenidos de las leyes locales, así como al definición clara de competencias entre la Federación, los estados y el Distrito Federal.
- La armonización legislativa en todos los niveles de gobierno: federal, estatal y municipal, con el fin de adecuarla a los contenidos de la Convención y establecer las obligaciones de los distintos actores que deben actuar como garantes de los derechos.
- Un reto importante, derivado de la reforma, es la integración al marco jurídico mexicano de los criterios emitidos por los órganos internacionales de interpretación de la Convención, en particular la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las observaciones del Comité.

Las implicaciones de tomar en serio los derechos humanos supondrían una transformación profunda de nuestro sistema jurídico, pues obligaría a integrar a niñas y niños como verdaderos titulares de derechos y hacerlos partícipes de las decisiones de la vida pública.

No debe dejarse de lado tampoco la complejidad en la aplicación de la reforma misma en materia de derechos humanos de las personas menores de edad, pues incluso la discusión teórica sobre el fundamento de los mismos es aún incipiente. Uno de los retos más importantes es la interpretación del principio *pro persona*. Mientras que, tratándose de una persona mayor de edad, ella puede decidir lo que le resulta más favorable, en el caso de niñas y niños es siempre otro quien decide lo mejor para el titular del derecho. En este sentido hay importantes antecedentes de resoluciones paternalistas injustificadas que se han fundamentado en el supuesto “interés superior del niño”.

A lo anterior se suma un reto igualmente problemático, pero indispensable para la vigencia plena de los derechos de niñas, niños y adolescentes: la construcción del niño(a) como sujeto social. Ello supone una transforma-

ción social y cultural en la forma de percibir a niñas y niños como titulares de derechos y la garantía de su derecho a participar en los asuntos que le afectan, tal como establece la Convención.

Por lo menos desde el punto de vista formal, la revolución ha iniciado, pues la reforma de 10 de junio proporciona a los operadores jurídicos las herramientas necesarias para exigir el cumplimiento de los derechos de niñas y niños. Por otra parte, si los órganos de gobierno asumen también en su integralidad los efectos de la reforma, tienen claramente marcadas las directrices para construir la agenda para los próximos años. Sin embargo, no pueden obviarse las dificultades inherentes al régimen de tratamiento jurídico de la infancia y la adolescencia. Una de las más importantes es sin duda la atribución de la incapacidad natural y legal,¹⁷ que tiene como consecuencia la sujeción para el ejercicio de los derechos a un mediador, ya sean los padres o el Estado. Otra es sin duda, la fuerte resistencia política, social y cultural para admitir, explícita o veladamente, que niñas y niños son titulares de derechos y que ello impone ciertas obligaciones.

En este último rubro es necesario insistir en que el Estado tiene una obligación activa derivada de la Convención respecto, no solo de la armonización legislativa y de la creación de instrumentos de exigibilidad accesibles a los niños, sino en la promoción de una cultura que elimine las actitudes discriminatorias.

La Enadis 2010, así como la reciente reforma al artículo 4 constitucional, constituyen una muestra de las dificultades que enfrentamos en este camino, pese a los avances que ya se han dado. Sin embargo, la tarea de garantizar la promoción, protección y vigilancia de los derechos de niñas, niños y adolescentes no es optativa, sino que constituye una obligación de toda la sociedad en la que debemos involucrarnos de manera urgente.

¹⁷ Los códigos civiles —tanto el federal como los estatales y del D.F.— establecen que los “menores de edad” tienen “incapacidad natural y legal”.