

DERECHOS Y BIENESTAR DE NIÑAS Y NIÑOS

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ

SUMARIO: II. *Introducción.* II. *Las instituciones de bienestar infantil y los derechos del niño.* III. *Del enfoque asistencial al enfoque de derechos.* IV. *La protección constitucional desde el enfoque de las instituciones de bienestar en el derecho comparado: tres modelos.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía citada.*

I. INTRODUCCIÓN

La protección constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes es relativamente reciente. En el caso de México, el actual artículo 4o. constitucional data de 2000, año en que se reformó para adecuarlo a los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño que nuestro país había ratificado en 1990. Hasta antes de esa fecha, el texto constitucional se limitaba a establecer ciertos deberes de los padres o custodios respecto de los hijos. El panorama en otros países era similar pues, hasta antes de la firma de la Convención, se consideraba a niñas y niños como objeto de protección. Esto, desde luego, tuvo un gran impacto en la regulación y actuación de las instituciones de bienestar, si bien la patria potestad, como se justificará más adelante, fungió durante mucho tiempo como la figura jurídica encargada de procurar el bienestar de la persona menor de edad. Uno de los grandes cuestionamientos surgidos a partir de la firma de la Convención y la reflexión teórica sobre los derechos del niño, fue precisamente *cómo* se entendió este bienestar. Este trabajo pretende dar cuenta de algunas de las transformaciones en esta materia surgidas a raíz de la firma de este tratado internacional.

La primera formulación del artículo 4o. constitucional mexicano en lo relativo a los derechos de niños y niñas fue publicada en el *Diario Oficial de*

la *Federación* el 18 de marzo de 1980:¹ “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”.

1. Esta redacción del artículo 4o. tuvo importantes consecuencias en dos sentidos: en primer lugar, en la forma en que se interpretó el “bienestar” de los *menores* —como los denomina el texto— dentro de la familia y la “protección” de aquellos en situación de abandono.

La exposición de motivos de la iniciativa de reforma de 1980 al artículo 4o. ilustra claramente el enfoque, al señalar que la reforma obedece a la necesidad de complementar las garantías sociales contenidas en la Constitución al establecer el deber de los padres respecto de los hijos y el papel subsidiario de las instituciones públicas en esta tarea: “[...] el artículo 4o. Constitucional está exigiendo que se le complemente con el señalamiento del deber de los padres para preservar los derechos del menor y la protección subsidiaria que al mismo propósito presten las instituciones públicas”.

Como se desprende del texto constitucional, la obligación de la preservación de los derechos de los *menores* correspondía a los padres a través del ejercicio de la patria potestad, regulada en el Código Civil. Estos derechos, como puede advertirse claramente en la redacción, se limitaban a la satisfacción de las necesidades y la salud física y mental. El contenido y alcance de las necesidades, así como la forma de garantizar la salud, quedaban al arbitrio de los padres. Esto significaba un amplio margen de decisión respecto del bienestar de los hijos,² que incluía la educación y el deber/derecho de corrección.³

Otra importante consecuencia derivada del anterior artículo 4o. constitucional fue la invisibilización de las niñas y niños en situación de abandono, es decir, fuera de la institución familiar, no sometidos a la patria potestad. La redacción resulta extremadamente vaga y no reconoce propiamente derechos, sino que se limita a mencionar los apoyos para las instituciones públicas de protección a los *menores*. De esta manera, privó la total arbitra-

¹ La reforma constitucional fue consecuencia del Año Internacional del Niño proclamado por la Organización de Naciones Unidas en 1979 cuando se cumplían 20 años de la firma de la Declaración sobre los Derechos del Niño. Madrazo, Jorge, “Comentario al artículo 4o. de la Constitución Mexicana”, *Derechos del pueblo mexicano*, Porrúa, t. XVI, 2006, pp. 144-189.

² Para un estudio sobre la evolución de la patria potestad: Galvis Ortiz, Ligia, *Las niñas, los niños y los adolescentes, Titulares activos de derechos*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2006.

³ En el artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal se establecía el derecho de “corregir y castigar a los hijos mesuradamente”, además de poder ser auxiliados por las autoridades para este fin. Este artículo fue reformado en 1975.

riedad respecto de las instituciones de bienestar para la atención de niños privados de su medio familiar, privilegiando en la praxis el aislamiento dentro de grandes instituciones en las que permanecían hasta cumplir la mayoría de edad —en el mejor de los casos— para garantizar su “bienestar”.⁴

La reforma al artículo 4o. constitucional de 2000 incluyó —aunque aún de manera insuficiente— el reconocimiento de niñas y niños como titulares de derechos, señalando a los padres como principales obligados en su cumplimiento y estableciendo también la actuación subsidiaria del Estado. Se incluyeron así, tres párrafos que establecen el derecho a la satisfacción de ciertas necesidades, identifican y amplían los sujetos obligados al cumplimiento de los mismos y establecen un deber especial del Estado respecto del respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

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

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.

Esta reforma, que aparentemente representa sólo un cambio de matiz respecto de las obligaciones y los derechos, supone una gran transformación, especialmente en lo que se refiere al marco normativo que regulaba las instituciones de bienestar por su indiscutible e indisoluble vinculación con la Convención.

II. LAS INSTITUCIONES DE BIENESTAR INFANTIL Y LOS DERECHOS DEL NIÑO

El reconocimiento de los derecho de niñas y niños, tanto cultural como normativamente, ha tenido una evolución inversa a los derechos humanos en general.⁵ En cierto sentido podríamos decir que algunas de las instituciones de bienestar para niñas y niños tuvieron un desarrollo anterior a las de

⁴ Este modelo de institucionalización con el fin de garantizar el “bienestar” aún no ha sido completamente erradicado de nuestros países. Siguen existiendo grandes instituciones en las que niñas y niños permanecen aislados, realizando en el mismo entorno las actividades educativas, lúdicas, deportivas y de socialización. Todo ello para garantizar el “bienestar” del menor.

⁵ Véase González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

las personas adultas, y durante mucho tiempo, a éstas se limitó la comprensión de los derechos de las personas menores de edad.

Históricamente, los primeros derechos en ser reconocidos a los ciudadanos, fueron los que se identifican como derechos civiles y políticos⁶ que se concretan en la vida, honor, libertad de conciencia, pensamiento y expresión, las garantías procesales —proceso legal, presunción de inocencia, derecho de defensa—, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad, así como el derecho al voto y a la participación política. Entre éstos, prácticamente sólo el derecho a la vida es reconocido a las personas durante la minoría de edad. Aunque ciertamente las Constituciones establecen un principio de igualdad genérica en el goce de los derechos, dentro del cual se podría considerar a los niños incluidos, muchos de estos derechos⁷ están sujetos a los deberes de patria potestad o custodia, mientras que los derechos de participación estrictamente política les están completamente restringidos.

En contraste, respecto de los identificados como derechos económicos, sociales y culturales, que surgen en una época posterior de la historia, parece haber un consenso en lo que concierne a su garantía durante la infancia. Esto puede apreciarse claramente en las constituciones que consagran, por ejemplo, el derecho a la educación obligatoria. De igual manera, en la mayoría de los países existen órganos —bajo diferentes figuras: ministerios, secretarías, patronatos— cuyo mandato consiste en la garantía de los derechos de bienestar de niñas y niños, como salud, alimentación, protección especial, etcétera. Sin embargo, respecto de los derechos civiles y políticos no hay propiamente medios para garantizar su protección y no son verdaderamente tomados en serio, por lo menos hasta hace unos pocos años.

En México, las grandes instituciones jurídicas relacionadas con el bienestar de la infancia pueden clasificarse en privadas y públicas. Dentro del primer grupo —aunque cada vez más en la frontera entre lo público y lo privado—⁸ se encuentran la familia y las organizaciones de sociedad civil

⁶ Los derechos civiles y políticos son identificados como la primera generación de derechos, sin que ello suponga una jerarquización o intento por hacerlos prevalecer respecto de los de segunda generación, económicos, sociales y culturales.

⁷ Por ejemplo, la libertad de tránsito se entiende sujeta a la patria potestad, pues son los padres quienes pueden autorizar que su hija o hijo pueda desplazarse dentro o fuera del territorio nacional. Esto queda claro por el hecho de que se requiere permiso de los padres —o de quienes ejerzan la patria potestad— para sacar el pasaporte de una persona menor de edad.

⁸ Hasta hace pocos años, la materia familiar se consideraba un asunto privado. Sin embargo, en los últimos años esta percepción social y las leyes han cambiado para justificar la intervención del estado en la protección de los miembros de la familia en condición de mayor vulnerabilidad. Así, se han tipificado en los últimos años delitos vinculados con la violencia

que tienen como objeto el cumplimiento de alguno de los derechos, especialmente la protección en caso de abandono.⁹ Las instituciones públicas se encargan de la garantía de otros derechos, por ejemplo, la Secretaría de Educación Pública¹⁰ y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia tutelan el derecho a la educación y a la protección especial respectivamente. La atención de otras instituciones de bienestar, por ejemplo las que garantizan el derecho a la salud, está condicionada por la situación del niño, ya sea estar sujeto a la patria potestad de los padres¹¹ o encontrarse en alguna de las instituciones públicas o privadas de protección. En este sentido, se presume la dependencia y por tanto la mediación en el acceso a los servicios de salud por quienes se encuentran al cuidado de la niña o niño.¹² Lo mismo ocurre con otros derechos.

En el caso de México, la institución encargada de la atención a la infancia, según la Ley de Asistencia Social, es el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF) en el ámbito federal y los sistemas de cada uno de los estados y el Distrito Federal en los ámbitos locales.¹³ Según

dentro de la familia, con el propósito especialmente la protección de la mujer y las niñas y niños.

⁹ El artículo 13 de la Ley de Asistencia Social establece la posibilidad de que cualquier institución privada preste los servicios de protección de niñas y niños en situación de abandono en establecimientos especializados: “artículo 13. Los servicios enumerados en el artículo anterior podrán ser prestados por cualquier institución pública o privada, las instituciones privadas no podrán participar en los servicios que por disposición legal correspondan de manera exclusiva a instituciones públicas federales, estatales o municipales”.

¹⁰ El derecho a la educación, contenido en el artículo 3 y garantizado por la Secretaría de Educación Pública no será desarrollado en este texto, debido a que es abordado en el trabajo: *El derecho social a la educación básica*.

¹¹ Por ejemplo, si alguno de los padres es derechohabiente de los sistemas de salud (IMSS o ISSSTE) los hijos menores de edad están amparados bajo esta protección. Así lo establecen el artículo 84 de la Ley del Seguro Social que ampara con el seguro de enfermedades en su fracción V a los hijos menores de dieciséis años del asegurado y de los pensionados y el artículo 41 fracción II de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado que reconoce el derecho a los servicios del seguro de salud en caso de enfermedad a “Los hijos menores de dieciocho años, de ambos o de solo uno de los cónyuges siempre que dependan económicamente de alguno de ellos”.

¹² En el caso de las y los adolescentes, se ha abierto un debate en relación con el acceso directo a ciertos servicios de salud, especialmente de salud reproductiva. Algunas instituciones proporcionan a las personas menores de edad métodos anticonceptivos. Sin embargo, la regulación en esta materia es aún vaga, y generalmente queda al arbitrio de la persona que atiende el centro de salud. En algunos estados y en el Distrito Federal se han emitido circulares que permiten el acceso a métodos anticonceptivos a las y los adolescentes sin el consentimiento de los padres.

¹³ Olmedo Carranza, Raúl, “El DIF y la Descentralización”, *Estudios Municipales*, México, núm. 9, mayo-junio de 1986, pp. 79-96.

establece el artículo 27 de la Ley de Asistencia Social, el SNDIF, es el organismo público descentralizado, con patrimonio y personalidad jurídica propios, cuya creación está ordenada en la Ley General de Salud. El artículo 172 de la Ley General de Salud establece la creación de un organismo cuyos objetivos son la *promoción de la asistencia social, prestación de servicios en ese campo y la realización de las demás acciones que establezcan las disposiciones legales aplicables*. Esta ley clasifica como actividades básicas de la asistencia social —entre muchas otras— la atención en establecimientos especializados a menores abandonados, el ejercicio de la tutela de los menores y la prestación de servicios de asistencia jurídica y orientación social a menores (artículo 168 fracciones II, IV y V). Por su parte, la Ley de Asistencia Social agrega al catálogo de servicios básicos de salud en materia de asistencia social en su artículo 12 los siguientes:

III. La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la representación jurídica y la promoción de su sano desarrollo físico, mental y social; V. La colaboración o auxilio a las autoridades laborales competentes en la vigilancia y aplicación de la legislación laboral aplicable a la niñez; VI. La atención a niños, niñas y adolescentes en riesgo de fármaco dependencia, fármaco dependientes o susceptibles de incurrir en hábitos y conductas anti-sociales y delictivas.

El SNDIF es el coordinador del Sistema Nacional de Asistencia Social Pública y tiene dentro de sus atribuciones, según el artículo 9o. de la Ley de Asistencia Social, vigilar el funcionamiento de las instituciones de asistencia social, emitir las normas que rigen a las mismas y certificar que los servicios prestados por estas instituciones cumplan con las disposiciones correspondientes. Otra de las facultades, prevista en la fracción XIV, es la supervisión y coadyuvancia de los procesos de adopción de personas menores de edad. En el artículo 28 se establecen como funciones del DIF coadyuvar en el cumplimiento de la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes¹⁴ y prestar servicios de representación y asistencia jurídica y orientación social a niñas, niños y jóvenes, a quienes el artículo 4o. de la misma ley identifica como sujetos preferentes de la asistencia social, especialmente si se encuentran en situación de riesgo o afectados por algunas circunstancias.

¹⁴ De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1o., 4o., 7o. y 8o. de la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Como puede advertirse de la normatividad citada, el SNDIF como institución encargada del bienestar de la infancia y la promoción de sus derechos, tiene un enfoque asistencial, centrado en la atención a niñas y niños en condiciones de riesgo y desamparo, entre las muchas otras funciones que desempeña en el campo de la asistencia social. En este sentido, podemos subrayar la ausencia de una institución que garantice el bienestar de niñas y niños, independientemente de sus condiciones de vida, especialmente su situación familiar o el estar en una institución pública o privada de protección. Esto supone una visión de la infancia como objeto de protección que no ha sido totalmente superada y que en el contexto latinoamericano ha sido identificada como la “doctrina de la situación irregular” de la que se hablará más adelante.

El SNDIF ha oscilado entre la atención a necesidades específicas de la infancia (como en sus inicios) y la atención asistencial. En la actualidad, se concentra en lo formal en este segundo enfoque, aunque en lo material se asume como la institución encargada de velar por los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Pese a que el SNDIF ha intentado transformarse en los últimos años para adoptar el enfoque de derechos de la Convención, su ubicación dentro del organigrama de la Secretaría de Salud revela una perspectiva fragmentaria, centrada en la asistencia social. Por otra parte, el enfoque familiar —por lo menos en lo que corresponde al nombre del organismo— pone de manifiesto también que los niños siguen considerándose principalmente en su papel como hijos y no como verdaderos titulares de derechos.

III. DEL ENFOQUE ASISTENCIAL AL ENFOQUE DE DERECHOS

La existencia, desde hace muchos años, de un órgano del Estado encargado de la atención a la infancia —el SNDIF—, muestra de manera fehaciente que no hay un desacuerdo respecto de que debe darse una protección especial. La gran diferencia, debatida desde hace algunos años entre algunos especialistas, radica en *cómo* debe de darse esta protección o, en otros términos, en *cómo* debe interpretarse y garantizarse el bienestar de las niñas y niños.¹⁵

Para responder a esta cuestión, podemos identificar dos grandes corrientes, la que estuvo vigente durante muchos años y que utiliza como medio la

¹⁵ Una compilación sobre las diferentes posturas respecto del debate en relación con la protección de los niños y la titularidad de derechos puede encontrarse en: Fanlo Cortés, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.

imposición de obligaciones a los padres o cuidadores, y una segunda, que ha cobrado fuerza a partir de la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño, que sostiene que debe reconocerse a niñas y niños como titulares de derechos y en el cumplimiento de los mismos identificar a quienes tienen el deber de hacerlos efectivos. Las diferencias, aunque menores en apariencia, son profundas.

Desde la visión de la imposición de deberes, el niño es considerado como sujeto de derecho privado, y por tanto, el Estado actúa únicamente en caso de que los padres no puedan dar cumplimiento a las necesidades básicas. Este enfoque asistencial repliega la labor del Estado a los casos extremos en que los padres no pueden cumplir, ya sea por condiciones precarias o por haber abandonado al niño. La respuesta ha sido la institucionalización, en el entendido de que en estos grandes establecimientos se pueden satisfacer las necesidades de los niños, concentradas básicamente en vivienda, alimentación, educación y salud. Dentro de este modelo de atención prevalece el enfoque de la discrecionalidad del sujeto obligado, ya sean los padres o el Estado, quienes tienen la facultad para decidir lo que conviene al *menor* y de responder de acuerdo con sus posibilidades. En este esquema, la familia es considerada un espacio privado en el que los padres tienen el deber de proveer a sus hijos, y en el que la autoridad pública tiene proscrito intervenir.

Desde el enfoque de derechos se subraya la importancia del niño como titular de una serie de derechos contenidos en la legislación nacional e internacional, especialmente sujeta al marco de la Convención. En este sentido, la actuación de las personas obligadas debe someterse estrictamente al contenido de los derechos, eliminando de esta manera la discrecionalidad en las necesidades de niñas y niños. El Estado tiene ciertas obligaciones, en algunos casos de cumplimiento directo —por ejemplo la educación o salud públicas, mientras que en otras debe intervenir porque se trata de derechos que deben ser garantizados en cualquier circunstancia—. La actuación de las instituciones de asistencia privada está sujeta también a las normas que contienen los derechos del niño y deben ser supervisadas por el Estado. La familia —especialmente en el ejercicio de los derechos de la patria potestad— pasa a ser considerada como una institución de interés público en la que el Estado tiene deber de intervenir en los casos de vulneración de los derechos.

En América Latina esta transformación ha sido identificada como el paso de la “situación irregular” a la “protección integral”.¹⁶ En la doctrina

¹⁶ Mary Belloff, Emilio García Méndez y Daniel O’Donnell son algunos de los especialistas que han analizado este proceso en América Latina (Belloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004; García Méndez, Emilio,

de la situación irregular se distingue entre *niños* y *menores*, con base en las instituciones a las que se encuentra integrada la persona menor de edad. Los *niños* están adscritos a la familia y escuela, dentro del ámbito de lo privado, mientras que los *menores*, al encontrarse excluidos de éstas, se incorporan a las instituciones de asistencia, ya sea para ser atendidos en caso de abandono o para ser *reeducados* por haber cometido una conducta antisocial.

En el caso de México, como en muchos otros, conviven ambos modelos. Como se mencionó, las instituciones vinculadas con el bienestar de la infancia siguen girando en torno a la familia y el Estado, para diferenciar a quienes están sujetos a la patria potestad y por tanto tienen asegurado el bienestar mediante la mediación de los padres, a diferencia de las niñas y niños atendidos por la asistencia social. La regulación de la asistencia social sigue teniendo un fuerte acento en las condiciones de invalidez y desamparo de niñas y niños que pueden ser sujetos de la misma. Sin embargo, en tiempos recientes se han dado grandes cambios para asumir la perspectiva de la protección integral, sobre todo a partir de la aprobación de leyes dirigidas a garantizar el bienestar de todas las niñas y niños, independientemente de su condición. Resaltan en este contexto la misma reforma de 2000 al artículo 4o. constitucional, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, e incluso la Ley de Asistencia Social¹⁷ que, como se mencionó, establece nuevas funciones al SNDIF, y amplía su ámbito de acción a la protección de los derechos de todas las niñas y niños.

IV. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DESDE EL ENFOQUE DE LAS INSTITUCIONES DE BIENESTAR EN EL DERECHO COMPARADO: TRES MODELOS

La forma en que se han plasmado, especialmente a partir de la ratificación de la Convención, los derechos de niñas y niños en las constituciones, ha sido muy variada. Desde luego se entiende que a partir de la adhesión a este instrumento internacional, sus disposiciones son derecho vigente en cada país. Sin embargo, algunos Estados parte han optado por incorporar explícitamente ciertos derechos en sus textos constitucionales, mientras que

Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia, 3a. ed., México, Fontamara, 2007; O'Donnell, Daniel, "La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación con la familia", *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Mexico, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006, pp. 119-161).

¹⁷ La nueva Ley de Asistencia Social fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de septiembre de 2004.

otros simplemente se refieren al derecho internacional. Una posible explicación de la modificación o no de la Constitución está en el grado de rigidez de la misma, pues una Constitución rígida será más difícilmente reformable.¹⁸ En términos generales, lo que sí es posible afirmar, es que los derechos de niñas y niños en los textos constitucionales siguen siendo muy limitados.

Para ilustrar lo anterior, presentaremos tres modelos de protección constitucional de los derechos de niñas y niños, vinculados con diferentes sistemas jurídicos. Cada uno presenta ventajas y desventajas como podrá advertirse claramente, y, generalmente, una Constitución comparte varios modelos, es decir, no hay modelos puros.

1) Modelo del catálogo de derechos: Sudáfrica y México. La Constitución sudafricana reconoce al niño como titular de derechos, dentro de los que se incluye, el derecho a ser cuidado por sus padres y a vivir en familia (artículo 28). En el mismo artículo se enumeran algunos derechos vinculados con el bienestar: nutrición básica, vivienda, servicios básicos de salud y servicios sociales, así como a la protección contra cualquier tipo de abuso y explotación. Además se estipulan los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, se introduce el principio del interés superior del niño y se define a los destinatarios de la norma como las personas menores de 18 años de edad.

En el caso de la Constitución mexicana, se encuentran también reconocidos algunos derechos en el artículo 4o., aunque éstos se limitan a la alimentación, salud, educación y esparcimiento.

Como puede advertirse claramente los derechos se reducen a aquéllos vinculados con cierto tipo de bienestar, excluyendo los derechos relativos a la participación.

La crítica que podría hacerse a este modelo es que, al enunciar ciertos derechos y omitirse otros de los contenidos en la Convención, puede interpretarse una protección constitucional limitada. Vale la pena subrayar que esta posible lectura es contraria al principio de indivisibilidad de los derechos y a que éstos no son jerarquizables. Por otra parte, tampoco se menciona la forma en que deberán ser protegidos ni los sujetos obligados a garantizar el bienestar.

2) Modelo de protección de la familia: España y México. La Constitución española protege a la familia y la infancia en el artículo, 39 y en el

¹⁸ Para un estudio sobre rigidez constitucional consultar: Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006 y Prieto Sanchís, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México, Trotta, 2006, pp. 123-158.

inciso 2, prevé que los poderes públicos aseguren la protección de los hijos. En el inciso 3 obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos durante todo el tiempo que dure la minoría de edad.

En el caso de México, el artículo 4o. constitucional protege la organización y el desarrollo de la familia en el primer párrafo, y en los párrafos 6o., 7o. y 8o. menciona algunos derechos de niñas y niños, al señalar inmediatamente que los ascendientes, tutores y custodios son los obligados a garantizarlos. Como se ha mencionado ya, también se habla de la actuación del Estado en el ejercicio de estos derechos.

La ventaja de este modelo consiste en que se identifica claramente a los sujetos obligados a garantizar los derechos en un rango constitucional. El inconveniente deriva del enfoque centrado en la familia que excluye a aquellos que no la tienen y dificulta la caracterización de cada uno de sus miembros como titulares individuales.¹⁹ Esto supone obstáculos en la garantía del bienestar de cada uno de los miembros.

3) Modelo de remisión al derecho internacional: Argentina y España. La Constitución española que, como ya se mencionó, protege en el mismo artículo a la familia y a la infancia, remite explícitamente a la protección de los acuerdos internacionales a favor de los derechos de los niños. En el caso de la Constitución argentina, reconoce expresamente la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y establece la obligación de adoptar medidas afirmativas a favor de los niños para garantizar la igualdad y el ejercicio de sus derechos.

Este modelo tiene la virtud de que, al otorgar nivel constitucional a los tratados internacionales en ciertas materias o para ciertos grupos, no se requiere de una reforma constitucional para su protección. Además, se reconoce este rango a todos los derechos, en este caso todos los contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que evita una posible jerarquización o limitación.

V. CONCLUSIONES

Dado que la atribución de derechos a niñas y niños es relativamente reciente, los modelos de protección constitucional son aún incipientes e imperfectos. Es necesario subrayar también que, evidentemente, no basta un buen modelo de protección constitucional de los derechos para garantizar

¹⁹ González Contró, Mónica, “Los derechos fundamentales del niño en el contexto de la familia”, en Álvarez de Lara, Rosa. Ma. (coord.) *Panorama internacional de derecho de familia: culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 55-79.

el acceso de cada niña y niño a los satisfactores necesarios, sino que en este sentido desempeñan un papel fundamental las instituciones de bienestar creadas para tal efecto. Sin embargo, dada la compleja historia de los derechos de las personas menores de edad, resulta indispensable la visibilización de sus derechos en los textos constitucionales, así como la reflexión y el debate sobre la mejor forma de garantizarlos.

No hay que olvidar que la gran mayoría de los derechos de niñas y niños tienen una característica distintiva: se trata de derechos obligatorios, es decir, cuyo cumplimiento queda fuera de la decisión del titular.²⁰ En este sentido su ejercicio no es renunciable, pues se entiende que se trata de bienes de tal importancia que su acceso debe ser garantizado en todo caso. De ahí que las instituciones de bienestar tengan un papel fundamental en el cumplimiento de los derechos, independientemente de las condiciones de vida del niño, si éste se encuentra inserto en un núcleo familiar, en situación de calle o en una institución pública o privada. Debe avanzarse hacia la idea de que el mismo niño o niña es el titular de derechos y que éstos son oponibles a todos, incluidos los padres.

Resulta explicable, dado lo reciente del tema, que en este tiempo coexistan varios paradigmas respecto de las instituciones de bienestar para niñas y niños, y que éstos se vean mezclados, aún de forma involuntaria, en los textos constitucionales.

La comprensión de las instituciones de bienestar a partir de los derechos supone la sujeción de su diseño y funcionamiento a los derechos de niñas y niños. A partir de esta visión ya no queda al arbitrio del sujeto obligado la decisión sobre *qué* es el bienestar del niño y *cómo* debe garantizarse. Toda actuación debe sujetarse a los lineamientos establecidos en las normas. Esta supone la necesidad de una profunda transformación en todos los ámbitos de la vida del niño: familia, educación, salud, alimentación, participación, asistencia social, etcétera. De ahí la importancia de trabajar en el diseño de las instituciones de bienestar desde la perspectiva de derechos del niño, no del adulto.²¹

²⁰ Para Feinberg los “derechos obligatorios” son obligaciones contempladas desde un punto de vista positivo, se trata de deberes cuyo cumplimiento es especialmente ventajoso para la comunidad y para el titular (Feinberg, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1980, p. 235).

²¹ En este punto es imposible no recordar las consecuencias del incumplimiento del Estado mexicano respecto de la garantía de los derechos de los niños en las instituciones de bienestar. El caso de la guardería ABC, incendiada el 5 de junio de 2009 constituye un ejemplo dramático de la falta de enfoque de derechos del niño en las instituciones de bienestar. La negligencia en la supervisión del servicio —dado que era considerada simplemente una prestación para madres o padres trabajadores— costó la vida a 49 niñas y niños y dejó lesionados a muchos otros.

Finalmente, el “bienestar” no puede ser únicamente interpretado como la satisfacción de las necesidades físicas más inmediatas, como señala el texto constitucional mexicano: salud, alimentación, educación y sano esparcimiento. El bienestar de niñas y niños, al igual que el de los adultos, debe comprender la posibilidad de gozar de libertades, participar activamente en la sociedad, etcétera.²² En este sentido tal parece que la efectiva garantía de los derechos debe recorrer un camino inverso al de los derechos humanos de las personas mayores de edad, pues el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales no está en tela de juicio —a diferencia de estos derechos en la edad adulta—, mientras que varios derechos civiles, y especialmente los políticos, no son tomados seriamente en el debate sobre los derechos humanos en general y los derechos del niño en particular.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BELLOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- FANLO CORTÉS, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.
- FEINBERG, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1980.
- GALVIS ORTIZ, Ligia, *Las niñas, los niños y los adolescentes. Titulares activos de derechos*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2006.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara, 2007.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, “Los derechos fundamentales del niño en el contexto de la familia”, en Álvarez de Lara, Rosa. Ma. (coord.), *Panorama internacional de derecho de familia: Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp.55-79.
- , *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- LIEBEL, Manfred y MARTÍNEZ MUÑOZ, Marta (coords.), *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Lima, IFEJANT, 2009.
- MADRAZO, Jorge, “Comentario al artículo 4o. de la Constitución Mexicana”, *Derechos del pueblo mexicano*, México, Porrúa, t. XVI, 2006.

²² Liebel, Manfred y Martínez Muñoz, Marta (coords.), *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Lima, IFEJANT, 2009, y Salinas Beristáin, Laura, *Los derechos de la infancia en las leyes mexicanas, El contenido de una ley local de protección de derechos*, México, UAM, Programa Infancia, UNIFEM, 2005.

- O'DONNELL, Daniel, "La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación con la familia", *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Mexico, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- OLMEDO CARRANZA, Raúl, "El DIF y la descentralización", *Estudios Municipales*, México, núm. 9, mayo-junio de 1986.
- PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Carbonell, M. (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2006.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- SALINAS BERISTAÍN, Laura, *Los derechos de la infancia en las leyes mexicanas. El contenido de una ley local de protección de derechos*, México, UAM, Programa Infancia, UNIFEM, 2005.
- SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA, *Qué hace el DIF por México*, México, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, 1985.