

## *Capítulo quinto*

# **MODELO METODOLÓGICO-ANALÍTICO PARA LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO MEXICANO CON LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

## **I. Introducción**

El modelo de tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia se ha sustentado en el “paradigma de la minoridad”, modelo que parte de la distinción entre mayor y menor de edad para atribuir la capacidad plena o la incapacidad para el ejercicio de los derechos. Este modelo ha sido adoptado por México en la mayoría de las leyes, de todos los niveles y jerarquías. Como se ha dicho ya, es frecuente que ante el surgimiento de un nuevo paradigma, coexista durante algún tiempo con el paradigma anterior, hasta en tanto se generalice la aceptación de las nuevas ideas. Esta situación podría, en buena medida, describir lo que ocurre con el reconocimiento de niñas y niños como titulares de derechos a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es importante resaltar también que los sistemas jurídicos contemporáneos son sistemas complejos, compuestos por una gran cantidad de normas que van desde la Constitución hasta los reglamentos municipales o los reglamentos de las instituciones públicas. Y, al ser el paradigma de la minoridad el patrón de tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia, fuertemente arraigado cultural y socialmente, las leyes constituyen un reflejo de la imagen de lo que el niño debe ser ante el derecho. Esto nos lleva a comprender que el proceso de transformación es complicado y debe ser abordado de una manera integral que obliga a una revisión exhaustiva para garantizar que cada una de las normas respondan a lo que, a partir de la Convención, debe ser el marco legal apropiado para las personas menores de edad.

En México resulta clara la coexistencia de normas que se han adecuado al reconocimiento de niñas y niños como titulares de derechos, con normas jurídicas que responden al paradigma de la minoridad. Esto ha derivado, como es normal, en una especie de esquizofrenia legal en donde imperan al mismo tiempo, leyes de muy diversa calidad —en términos de derechos— y adecuación a los contenidos de la Convención. Como resulta esperable también, las normas de más alta jerarquía, al tener mayor visibilidad, son las que más se han adecuado a los contenidos de los tratados internacionales, sin que esto signifique que nuestro marco constitucional ni las leyes federales estén total ni satisfactoriamente armonizadas con los tratados internacionales, pues en realidad el artículo 4o. constitucional reduce la protección que otorga la Convención a niñas y niños. Sin embargo, la reforma en materia de derechos humanos establece nuevas herramientas jurídicas para ampliar el reconocimiento de derechos.

Así, por ejemplo, tanto el artículo 4o. constitucional —pese a sus grandes limitaciones como se ha dicho— reconoce ya a niñas y niños como titulares de derechos y, a partir de la reforma del 12 de octubre de 2011, impone el considerar el principio del interés superior del niño en el *diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez*. En el mismo sentido, el artículo 18 constitucional ordena la creación de un sistema integral de justicia para adolescentes, estableciendo claramente los lineamientos que deben seguir para garantizar el ejercicio de los derechos. De la misma manera, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en el ámbito federal y la mayoría de las leyes relativas en los ámbitos locales, emplean el lenguaje de los derechos, reconocen los principios, y establecen un catálogo relativamente amplio de derechos.

En contraste, las leyes de niveles inferiores, entre las cuales hay incluso códigos civiles, aún no están adecuadas a los contenidos normativos establecidos por la Convención. En estos ordenamientos, se sigue empleando lenguaje minorista y los derechos de niñas y niños siguen sin ser reconocidos, concediendo además una gran discrecionalidad a los agentes, padres, maestros, autoridades, etcétera, en el ejercicio de los deberes. Pero quizá lo más dramático sigue siendo la gran cantidad de lagunas en lo que se refiere al reconocimiento de los derechos y sobre todo al ejercicio y a los medios accesibles para la justiciabilidad de los mismos.

Lo que ha privado, como se ha mencionado en repetidas ocasiones, es un gran vacío legal que deriva en falta de mecanismos adecuados para la garantía de los derechos y, por ende, en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención.

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, en la que se reconoce jerarquía constitucional a los tratados en la materia en el artículo 1o., cobra mayor fuerza la obligación de adecuar el marco normativo, pues la Constitución obliga a todas las autoridades a *promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. Esto, según la propia Constitución, deriva en una obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

El modelo que se presenta a continuación, constituye una propuesta para la armonización legislativa de las normas mexicanas a la Convención en dos grandes vertientes: la primera consiste en la exposición de ciertos indicadores que permitirán medir la calidad de las leyes y, por tanto, detectar sus deficiencias para generar propuestas que se adecuen a los contenidos de la Convención; la segunda consiste en una propuesta para la mejor comprensión de la garantía de los derechos, o la aplicación del enfoque de derechos, a partir de identificar las obligaciones derivadas de la Convención.

Cabe mencionar, llegados a este punto, que existen otras aportaciones que han registrado los contenidos de la Convención y que pueden servir también como elementos para precisar lo que las leyes deben recoger para garantizar adecuadamente los derechos.<sup>1</sup>

## **II. La obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de niñas y niños**

Los verbos que ordenan acciones por parte de todas las autoridades en el artículo 1o. constitucional suponen una gran cantidad de acciones

<sup>1</sup> Véase *Orientaciones Mínimas para un Proceso de Armonización Legislativa a Favor de la Infancia en México: Documento de trabajo*, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, 2011

que deben ser analizadas cuidadosamente, especialmente tratándose de niñas y niños. Si bien todos estas obligaciones corresponden a todos los derechos humanos, tratándose de los derechos que corresponden a las personas menores de edad, la fuerza debe ser mayor por tres razones principalmente: en virtud de que se trata de derechos obligatorios a los cuales el titular no puede renunciar, debido también a que niñas y niños no pueden participar en la toma de decisiones políticas y, en tercer lugar, debido al régimen especial al que, por su condición de personas en desarrollo, están sometidas niñas y niños, en concreto la falta de acceso a ciertos mecanismos de reivindicación de los derechos.

Otro factor juega para subrayar la importancia del cumplimiento de las acciones descritas en el artículo 1o. constitucional: las grandes resistencias culturales, sociales, jurídicas y de otra índole para reconocer a niñas y niños como titulares de derechos. Esto, sumado a los anteriores elementos, es lo que ha tenido como consecuencia el colocar a niñas y niños en una condición de especial vulnerabilidad. Esto supone la necesidad de poner un especial énfasis en la obligación de promoción de los derechos por parte del Estado mexicano, para así poder avanzar hacia el respeto, protección y garantía de los mismos.

### **III. Indicadores para la medición de la calidad de las leyes y para la adecuación legislativa**

Los indicadores para la medición de la calidad de las leyes tienen como objetivo el contar con elementos concretos que permitan el análisis de las normas que regulan actualmente ámbitos relativos a la vida de niñas y niños. A partir de los mismos se pueden identificar los elementos que no son acordes a la Convención y generar propuestas en el sentido de la armonización con este tratado. Los tres primeros indicadores se proponen con diádas que contraponen la visión del titular de derechos a la visión minorista, con el fin de visibilizar de manera sencilla ambas perspectivas. Los propuestos son: *lenguaje; niña y niño vs. menor; titular de derechos vs. receptor de obligaciones, y discrecionalidad vs. seguridad jurídica en el reconocimiento de derechos y obligaciones*. Los últimos tres indicadores constituyen situaciones idóneas para la garantía de los de-

rechos, es decir, sirven para analizar si las leyes los contienen y, en su caso, proponer se subsane la falta de éstos: *armonización con tratados internacionales; mecanismos de exigibilidad en caso de vulneración, y accesibilidad a los mecanismos de protección de los derechos.*

A continuación se expone una breve explicación de cada uno de los indicadores:

### 1. Lenguaje: niña y niño vs. menor

El indicador más obvio es precisamente la utilización de lenguaje distinto al utilizado a la Convención y en la Constitución. Como es bien sabido, la Convención se refiere al *niño* como toda persona menor de 18 años de edad. En 2000 el artículo 4 constitucional fue reformado precisamente para adecuarse a la Convención y se sustituyó el término *menores* por el de *niñas y niños*. Las leyes aprobadas a partir de entonces utilizan el término *niñas y niños*, como es el caso de la ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes federal y las leyes relativas de las entidades federativas y el Distrito Federal.

En este sentido, es importante resaltar que durante muchos años y como resultado del paradigma de la minoridad, se identificó a las niñas y niños como *menores*. Este término, aunque fuertemente arraigado en el léxico jurídico, es una derivación de la condición de minoría de edad, sin embargo, con el tiempo se fue convirtiendo en un sustantivo en el que subyace un juicio de valor respecto de las jerarquías y por esta razón es discriminatorio. La palabra “menor” es un adjetivo comparativo que significa: “Que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad; Menos importante con relación a algo del mismo género”.<sup>2</sup> Además, la palabra define al sujeto desde lo que no es, es decir, mayor de edad, lo que muestra claramente la atribución de una incapacidad.

Por otra parte, es importante señalar que, durante mucho tiempo, el término “menor” fue el rasgo distintivo de la doctrina de la situación irregular, pues era utilizado casi exclusivamente en la esfera judicial, ya sea en conflictos de derecho privado o en el ámbito del llamado *derecho de menores infractores*. Así, según algunos especialistas, *niñas y*

<sup>2</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Real Academia Española,

*niños* eran aquellos ajenos al mundo jurídico, mientras que los *menores* eran quienes, por alguna razón, entraban en el terreno de la ley (García Méndez, 2008). Esta doctrina es sustituida por la protección integral, derivada de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce derechos a todas las niñas y los niños, sin importar otras condiciones. Por esta razón, tanto el lenguaje de la mayoría de los instrumentos de derecho internacional como la Constitución mexicana y las leyes derivadas del reconocimiento de derechos de niñas y niños, han omitido la utilización del término *menores*.

Respecto del lenguaje, es necesario hacer algunas otras precisiones, pues con el desarrollo precisamente de los derechos de la Convención, se han incorporado otros términos que, hasta hace muy poco, eran ajenos al ámbito jurídico, pero que forman parte del marco jurídico relativo a las personas menores de edad.

En primer lugar, es de subrayar la utilización del término *adolescentes*. Este concepto se encuentra también reconocido a nivel constitucional en el artículo 18 que establece los lineamientos de la justicia para adolescentes, para referirse a las personas de 12 a 18 años de edad. Este término había sido ya utilizado en las leyes de protección de derechos. En la ley federal se establece que, para los efectos de la misma, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos y adolescentes las personas de 12 a 18 años incumplidos (artículo 2o.). Es decir, se hace una distinción entre dos franjas etarias del régimen especial contemplado por la Convención y el artículo 4o. constitucional.

La distinción entre *niños* y *adolescentes* es adecuada, sobre todo en la medida en que permite establecer derechos diferenciados, en consonancia con el principio de autonomía progresiva, es decir, ir reconociendo las capacidades que se van adquiriendo con los años, a diferencia del paradigma de la minoridad que incluye en un mismo régimen a todas las personas de 0 a 18 años sobre la base de la incapacidad jurídica. Sin embargo, es importante, para la interpretación de las normas, tener claro que la distinción entre niños y adolescentes debe ser únicamente para el reconocimiento de la capacidad en el ejercicio de los derechos, nunca para excluir de la protección especial de la Convención y la Constitución a las personas menores de 18 años. Esta lectura, además, deriva de los principios de interpretación conforme a los tratados y *pro persona*, contenidos ambos en el artículo 1o. constitucional. El primero porque

la Convención establece su ámbito de aplicación para todas las personas menores de 18 años, mientras que el segundo de los principios deriva de una comprensión que favorece a las personas de 12 a 18 años.

Otros términos empleados tanto en el lenguaje constitucional como legal, son *niñez, infancia y adolescencia*. Si bien estos términos pretenden hablar de un grupo determinado para atribuirle derechos, no deben interpretarse como el reconocimiento de derechos colectivos, aunque desde luego no se excluyen. Esto significa que el titular de los derechos es el niño, la niña, el o la adolescente como individuos, no como parte de un colectivo. Esta aclaración resulta pertinente pues se pueden presentar casos de conflicto entre los derechos individuales —del niño— y los derechos colectivos —de la niñez—, ante los cuales, en principio, debe prevalecer el derecho individual. Lo mismo sucede con lo que la Constitución identifica como el *interés superior de la niñez* que debe ser interpretado, en casos particulares, como el interés superior de cada niña o niño, de acuerdo también con el derecho de prioridad. Por otra parte, en lo referente al diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas, deben considerarse intereses colectivos —de la niñez— aunque con el cuidado de no vulnerar derechos individuales.

Pese a que se utiliza en el lenguaje constitucional, el término *niñez* o los términos *infancia y adolescencia* no son los más adecuados para utilizarse en el proceso de armonización legislativa, debido a los equívocos a los cuales pueden dar lugar que llevarían a un inadecuado reconocimiento y cumplimiento de los derechos.

## 2. Titular de derechos vs. receptor de obligaciones

Tradicionalmente se ha considerado a niñas y niños como simples receptores de las obligaciones de las y los adultos, especialmente padres y madres.<sup>3</sup> Esto en el mejor de los casos, pues incluso se ha entendido que

<sup>3</sup> Según la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México 2010: “Seis de cada diez personas opina que los niños deben tener *los derechos de les da la ley*, mientras que tres de cada diez consideran que deben tener *los derechos que sus padres le quieran dar*. Poco más de tres por ciento considera que *los niños no tienen derechos porque son menores de edad*”. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Encuesta Nacional sobre Discriminación en México-Enadis, 2010.

quienes tienen derechos son los progenitores y, en esa medida, pueden “educar” como decidan a sus hijas e hijos. Así, la niña o niño queda invisibilizado, no aparece como titular de derechos, sino que únicamente se observan los derechos de las y los adultos.

Una normatividad adecuada a la Convención y los tratados internacionales debe reconocer a niñas y niños como titulares de derechos, es decir, plantear las instituciones a partir de un enfoque de derechos en el que figure como centro de intereses. Esto transformaría el tratamiento jurídico hacia la infancia, centrando la atención en el titular y, por tanto, eliminando la arbitrariedad en la toma de decisiones, pese a la falta de autonomía que se atribuye a las personas menores de edad.

### **3. Discrecionalidad vs. seguridad jurídica en el reconocimiento de derechos y obligaciones**

Otra de las consecuencias derivadas del paradigma de la minoridad es precisamente una gran discrecionalidad en el cumplimiento de los derechos y obligaciones vinculados con el ejercicio de la patria potestad. En la mayoría de las leyes que regulan instituciones relacionadas con la infancia no hay claridad respecto de los derechos de las personas menores de edad, sólo se señalan vagamente derechos vinculados con la educación. En este sentido hay un gran divorcio entre los tratados, la Constitución, las leyes especiales y los códigos civiles y familiares, pues mientras que en los tres primeros se reconoce —por lo menos relativamente— a niñas y niños como titulares de derechos, en los últimos quedan reducido a la esfera privada, sin que sus derechos sean claros en el contexto de la familia.

### **4. Armonización con tratados internacionales**

A partir del reconocimiento de la obligatoriedad de los tratados internacionales, especialmente con la reforma en materia de derechos humanos,<sup>4</sup> debe darse una armonización legislativa de todas las leyes de

<sup>4</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

nuestro sistema jurídico. En particular debe relatarse el reconocimiento de los principios de la Convención identificados por el Comité de los Derechos del Niño (Comité de los Derechos del Niño, 2003):

- Interés superior del niño, que debe estar presente explícitamente como principio de ponderación. Este principio tiene ya también reconocimiento constitucional a partir de la reforma al artículo 4o., en el que además se señala que deberá guiar las políticas públicas dirigidas a la infancia.
- No discriminación. El cumplimiento de este principio supone no sólo el reconocimiento de la igualdad entre todas las niñas y niños, sin importar su origen, condición de los padres, etcétera, sino que, según el propio Comité, puede llevar a la aprobación de leyes y a la adopción de medidas especiales a favor de ciertos grupos de niños en condición de especial vulnerabilidad. Entre éstos puede incluirse a niños con discapacidad, indígenas, separados de sus padres, migrantes, etcétera.
- Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. El cumplimiento de este principio supone la comprensión más amplia, que según los criterios del propio Comité y de otros órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, debe entenderse también como la garantía de todos los derechos para el sano desarrollo.
- Derecho a expresar la opinión en los asuntos que le afectan. La interpretación de este derecho ha tenido un gran desarrollo durante los últimos años. Durante muchos años se había comprendido como un derecho limitado casi exclusivamente al ámbito privado, especialmente de la familia y la escuela. El Comité reconoce que la toma de decisiones públicas afecta la vida de niñas y niños, por lo que el derecho a participar se extiende al ámbito político.

Asimismo, debe entenderse este principio vinculado con la autonomía progresiva, que supone que las leyes y políticas deben reconocer la capacidad progresiva para ir tomando decisiones respecto de los asuntos que les afectan, estableciendo como requisito el ser escuchado o el consentimiento en algunos casos.

Finalmente, es importante resaltar que el derecho a expresar la opinión va vinculado a una obligación de tomar en consideración

dicha opinión y justificar la forma en que se valoraron las opiniones del niño (Comité de los Derechos del Niño, 2009).

## **5. Mecanismos de exigibilidad en caso de vulneración**

Este indicador se refiere a la posibilidad de que la propia niña o niño tenga mecanismos efectivos en caso de considerar vulnerados sus derechos humanos. Ello debe considerar un adecuado diseño legal, así como la accesibilidad a estos mecanismos.

## **6. Accesibilidad a los mecanismos de protección de los derechos**

Supone que la niña o niño pueda tener acceso directo y en su propio lenguaje a los medios para la justiciabilidad de los derechos. Para ello debe contemplarse la especialización de quienes tienen contacto con personas menores de edad, especialmente en el ámbito jurisdiccional. Pese a que, en la mayoría de las leyes los medios para la justiciabilidad de los derechos no excluyen a las personas menores de edad, algunos elementos los hacen inaccesibles. Estos factores van desde la exigencia de un representante, hasta la falta de capacidad de los funcionarios y jueces para escuchar y comprender adecuadamente a niñas y niños.

Otros elementos a tener en consideración son la ubicación geográfica, los requisitos de ingreso, así como los mecanismos de reacción adecuados para proteger a niñas y niños que han visto o están en riesgo de que les sean vulnerados sus derechos.

## **IV. Propuesta para la mejor comprensión de la garantía de los derechos**

La identificación de las deficiencias de las leyes no puede agotar lo que debe comprenderse como armonización legislativa por varias razones:

- En primer lugar, si, como se ha dicho, una de las razones que han llevado a una deficiente protección de los derechos de niñas y niños es precisamente la existencia de una gran cantidad de lagunas que derivan en una gran arbitrariedad en el ejercicio de los agentes vinculados a niñas y niños, no basta con la evaluación y por tanto adecuación de las leyes ya existentes, sino que es necesario identificar en dónde hace falta regulación y, por ende, propuestas de nuevas formas de garantizar los derechos.
- El cumplimiento de los derechos humanos no puede ser visto de una manera simplista, puesto que, como se ha mencionado ya, la reforma constitucional indica obligaciones que no pueden agotarse en acciones superficiales, sino que indica una ruta programática para lograr un contexto que permita y garantice que todas y todos podamos gozar de los derechos humanos.
- Uno de los problemas centrales relacionados con la Convención ha sido precisamente su exigibilidad. Es decir, con la ratificación de este tratado internacional, niñas y niños tienen reconocido un catálogo amplio de derechos, sin embargo, al contrastarlo con la realidad nos damos cuenta de que algunos de estos derechos raramente se cumplen. Resulta entonces que, dado que los derechos ya se encuentran reconocidos, debemos poner el acento en su cumplimiento.
- Es útil para la mejor comprensión y por tanto solución del problema, tratar de reflexionar sobre las causas del mismo. Algunas razones que han llevado a las dificultades vinculadas con la realización plena de los derechos contenidos en la Convención son las siguientes:
- La naturaleza misma de los derechos humanos, especialmente de los identificados como derechos económicos, sociales y culturales (DESCA). Se entiende que estos derechos, que constituyen la mayoría de los derechos que se reconocen indiscutiblemente durante la minoría de edad, se entienden como derechos de cumplimiento programático. En muchos de los instrumentos, incluida la Convención, este tipo de derechos está sujeto al “máximo de los recursos disponibles” por parte de los Estados. En muchos casos se interpreta que son derechos ideales, a los que no corresponde una obligación concreta por parte del Estado. Sin embargo, esta lectura

es errónea y, especialmente a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, hay deberes concretos en la realización de los derechos.

- En lo que respecta a los derechos de la llamada “primera generación” o derechos civiles y políticos, existe una tendencia a minimizar su garantía para niñas y niños. Pese a que formalmente se reconocen en los tratados y las leyes, no hay una interpretación ni jurídica ni social, de que sean seriamente atribuibles a las personas durante la minoría de edad. En buena medida esta lectura se debe a la falta de autonomía que se atribuye a los niños, que ha derivado históricamente en que las libertades sean casi únicamente reservadas a los ciudadanos.
- Hay también algunos factores jurídicos, culturales y políticos que explican en buena medida las dificultades asociadas a los derechos humanos de niñas y niños. Entre los factores jurídicos los más relevantes son sin duda relativos a la conceptualización de los derechos y sus titulares. En este sentido, se ha identificado al titular de derechos con el “agente autónomo”, es decir, a quien tiene capacidad —natural y legal según los propios ordenamientos— para tomar decisiones autónomas, lo que conduce a que los derechos de todos aquellos que no encajan en ese molde sean apenas una sombra o caricatura de los verdaderos titulares. Lo anterior deriva, en buena medida, de discursos sobre la inclusión que han convertido la exclusión en un discurso políticamente incorrecto.
- Por otra parte, los factores culturales están fuertemente relacionados con la percepción de la infancia y de la familia. Aunado a que el derecho positivo constituye un reflejo de estas percepciones y al mismo tiempo las refuerza y reproduce, hay una fuerte resistencia a la incorporación del lenguaje de los derechos de niñas y niños derivada de una supuesta amenaza a la familia. Sigue privando en las estructuras sociales que las personas durante la minoría de edad constituyen prácticamente una propiedad de los progenitores, de manera que difícilmente se acepta que los derechos puedan constituir un límite a la actuación de los mismos, aun cuando ésta incluya prácticas intolerables de maltrato.
- Finalmente, los factores políticos se ligán con la exclusión de la mayor parte de los derechos políticos, que impiden la representati-

vidad y, por tanto, la reivindicación de los derechos por la vía de la participación democrática.

Lo anterior, además de ilustrar las dificultades, puede constituir un buen argumento para sostener la importancia de trabajar en los mecanismos para la efectividad de los derechos contenidos en la Convención.

Para ello utilizaremos la teoría de la correlatividad, que ha sido abordada y es aceptada por muchos teóricos del derecho, justamente para explicar mejor el alcance de los mismos. Esta teoría establece que, para que exista realmente un derecho, debe haber una obligación correlativa. Es decir, que ante un sujeto A que es titular de un derecho, debe identificarse a un sujeto B que es el obligado a dar cumplimiento a ese derecho. Esto, en el ámbito de los derechos humanos tiene varias implicaciones, aunque tradicionalmente no ha sido aplicada en este campo, pues en algunos derechos, especialmente los de contenido programático, es difícil identificar al sujeto obligado.

Sin embargo, hay buenas razones para sostener la tesis de las obligaciones correlativas a los derechos, especialmente tratándose de niñas y niños. La principal de ellas es porque precisamente si no hay un sujeto o sujetos obligados, es absurdo sostener que hay un derecho.

La tesis de la correlatividad puede ser aplicada en dos niveles: uno genérico, que pretende el análisis de las obligaciones generales, en este caso de la Convención, y uno más específico, que puede aplicarse en cada uno de los derechos concretos contenidos en este catálogo.

La identificación genérica de las obligaciones derivadas de la Convención, a la luz de las obligaciones constitucionales y de los contenidos mismos del tratado internacional, lleva a clasificar los derechos en tres grandes grupos, correspondientes a los deberes que por su ratificación corresponden a los Estados parte, como es el caso concreto de México:

- 1) Derechos que implican una transformación sociocultural.
- 2) Derechos que implican la imposición de obligaciones (incluidas limitaciones) a determinados actores y conllevan un deber de vigilancia y garantía subsidiaria por parte del Estado.
- 3) Derechos que implican una prestación directa por parte del Estado.

Es importante destacar que los tres grandes grupos de derechos constituyen obligaciones concretas por parte de la autoridad, pues puede detectarse una creencia generalizada a aceptar que, por ejemplo los derechos que tienen que ver con actitudes sociales, no implican una obligación del Estado. Esta apreciación es equivocada y es especialmente importante contradecirla a la luz de los derechos de niñas y niños como un medio indispensable para cumplir con las obligaciones asumidas en los tratados.

También cabe aclarar que cada uno de los derechos puede descomponerse en varias categorías de cumplimiento, es decir, un mismo derecho puede implicar la obligación del Estado en más de un rubro. Por otra parte, la clasificación tiene como único fin la identificación de las obligaciones para garantizar su cumplimiento, sin que esto suponga una jerarquización. Es importante también poner un énfasis especial en la importancia del cumplimiento de los derechos durante la infancia y la adolescencia de las personas, debido a que la condición de desarrollo las coloca en una situación de especial vulnerabilidad. Por ello, el incumplimiento de los derechos debe entenderse en una doble dimensión: como una violación al derecho en el presente, pero que también se proyecta hacia el futuro por las consecuencias que puede tener, entre ellas, la consolidación del ciclo de exclusión y pobreza.

Finalmente, es necesario destacar también que las obligaciones deben entenderse a la luz de algunos ejes transversales que deben atravesar los derechos y su cumplimiento, y que serán abordados con mayor profundidad posteriormente. Los ejes son: legislación, políticas públicas, perspectiva de género, principio de igualdad y subsidiariedad.

## **1. Derechos que implican una transformación sociocultural**

Este primer grupo deriva en buena medida de la percepción sobre la infancia y sus derechos, que tradicionalmente se ha resistido a aceptar a niñas y niños como titulares. Las investigaciones que se han ocupado de medir las percepciones sociales dan cuenta de esta realidad. Por ejemplo, según la Enadis 2010, sólo seis de cada diez personas opinan que los niños tienen los derechos que les da la ley, mientras que tres de cada diez piensan que deben tener los derechos que sus padres les quieran dar.

Es evidente que para la vigencia plena de los derechos las leyes no son suficientes. Esto es especialmente cierto en el caso de las personas menores de edad, que están sujetas a un régimen jurídico especial, y a quienes además se ubica casi exclusivamente como parte de la esfera privada de la familia. Es evidente que ninguna vigilancia por parte de la autoridad sería suficiente para garantizar el cumplimiento de los derechos si es que las personas no estamos convencidas y comprometidas en respetarlos. Es por esta razón que es importante hablar de la necesidad de una transformación sociocultural.

Sin embargo, no hay que esperar que este cambio se dé de manera espontánea y paulatina, sino que el Estado tiene obligaciones concretas derivadas de la ratificación de los tratados en promoverla. Este deber tiene también sustento constitucional en el artículo 1o., pues forma parte indispensable de la promoción de los derechos humanos, que a su vez constituye un elemento indispensable para su respeto, protección y garantía.

Así, el Estado mexicano y por ende todas las autoridades, tienen la obligación de promover una nueva cultura sobre los derechos de niñas y niños. Esta debe ir en dos direcciones: hacia la sociedad en general, y hacia los mismos titulares, es decir, niñas y niños, de tal manera que puedan ser ellos mismos quienes reconozcan y hagan valer sus derechos.

A manera de ejemplo, podemos mencionar, siguiendo la clasificación propuesta por el Comité de los Derechos del Niño, los relacionados con las medidas generales de aplicación: el concepto de niño, el interés superior del niño y la autonomía progresiva. De éstos pueden desprenderse algunos deberes concretos respecto del trato debido hacia niñas y niños, acorde con el reconocimiento de su dignidad como personas. Lo mismo sucede con los derechos agrupados bajo el rubro de derechos civiles y libertades, pues el respeto a los puntos de vista del niño, en especial en los ámbitos cotidianos, requiere de una nueva actitud derivada de una percepción distinta de la infancia.

Un caso emblemático en este rubro es el derecho al juego. Este derecho puede ser regulado, pero su garantía plena depende en buena medida de las percepciones sociales sobre el mismo y su relevancia para el desarrollo y para la sociedad. El derecho al juego debe ser comprendido como un espacio de autonomía del niño, en el que goza de la capacidad—casi— absoluta en la toma de decisiones (con la única limitación de

poner en riesgo su integridad o la de los demás). Niñas y niños deben de tener la libertad de elegir si quieren o no jugar, a qué, con quiénes y con qué reglas. El respeto a este espacio es indispensable para la adecuada garantía del derecho, pero, como se puede apreciar, esto difícilmente puede ser tutelado mediante una norma jurídica, por lo que la mejor vía sería la promoción de una cultura del derecho al juego.

Algo similar puede decirse de la protección en contra del maltrato, pues si bien es obligación del Estado la creación de leyes y mecanismos para su garantía, ningún mecanismo de vigilancia sería suficiente si hay una cultura de normalización del mismo. Es por ello que resulta fundamental la aceptación de un deber activo por parte del Estado para la garantía de los derechos.

Esta obligación tiene diversos medios para su realización. Podemos mencionar entre ellos campañas publicitarias educativas, pero también la capacitación y sensibilización de las autoridades para lograr esta transformación en las percepciones. Para ello es necesario el diseño e implementación de políticas públicas con enfoque de derechos que tengan como objetivo el cumplimiento de los derechos y su promoción. Para ello es indispensable también el derecho a la participación de niñas y niños y la generación de modelos relacionales basados en derechos.

Algunos de los derechos de la Convención que pueden tener una obligación correlativa en este rubro son los siguientes:

- Derechos relacionados a las medidas generales de aplicación y los principios de la Convención:
  - Concepto de niño.
  - Interés superior del niño.
  - Autonomía progresiva.
  
- Derechos y libertades civiles:
  - Derecho a participar en los asuntos que afectan la vida del niño o niña.
  - Libertad de expresión, conciencia y religión.
  - Derecho a la intimidad.
  - Derecho a la información.

- Educación, esparcimiento y actividades culturales:
  - Derecho al juego.

## **2. Derechos que implican la imposición de obligaciones (incluidas limitaciones) a determinados actores y conllevan un deber de vigilancia y garantía subsidiaria por parte del Estado**

Respecto de los derechos contenidos en este rubro, se ha dado cierto grado de cumplimiento, aunque no suficiente. Suponen la creación de leyes y mecanismos de supervisión para la protección de los derechos. En este rubro destaca la importancia de establecer derechos y deberes claros respecto de lo que se ha interpretado como derechos parentales, pero también de todos los actores que ejercen cierto tipo de autoridad hacia niñas y niños, eliminando la gran arbitrariedad que ha caracterizado este tipo de relaciones.

En este rubro sería importante destacar la necesidad de realizar una revisión exhaustiva de las instituciones vinculadas con el tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia, en especial la patria potestad, la adopción, la participación de niñas y niños en procesos judiciales en donde se ven afectados sus derechos, así como aquellos vinculados con la educación formal, como son la Ley General de Educación, los reglamentos escolares, etcétera.

El cumplimiento de los deberes del Estado implica cumplir con los indicadores de calidad de las leyes:

- Modificación del lenguaje. Reformar las normas que utilicen el término “menores” para sustituirlo por el de “niñas, niños y adolescentes”.
- Visibilizar a la niña y niño como titulares de derechos. Esto supone aplicar el enfoque de derechos y diseñar las leyes reconociendo a las personas menores de edad como titulares de derechos, en lugar de simples destinatarios de las obligaciones de otros.
- Garantizar la seguridad jurídica de niñas y niños, eliminando el amplio margen de discrecionalidad vinculado a las labores de crianza.

- Incorporar los contenidos de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en especial aquellos que reconocen derechos de niñas y niños. En este punto es necesario incluir los principios, desde luego con una adecuada interpretación.
- Las leyes deben contemplar también que, en caso de vulneración la niña o niño cuente con recursos efectivos para exigir el cumplimiento o la restitución del derecho. Estos medios deben ser accesibles a su edad, lo que impone la disponibilidad de medios para que pueda expresar su punto de vista, así como un adecuado conocimiento sobre los lugares y procedimientos a dónde acudir llegado el caso. También supone una adecuada capacitación y sensibilización a todas los servidores públicos que tendrán contacto con la niña o niño para garantizar adecuadamente todos sus derechos.

Algunos de los derechos de la Convención que pueden tener una obligación correlativa en este rubro son los siguientes:

- Derechos y libertades civiles:
  - Derecho a opinar en algunos asuntos.
  - Libertad de expresión.
  - Derecho a la intimidad.
  - Entorno familiar y otro tipo de tutela.
  - Derecho a un ambiente familiar.
  - Derecho a la identidad y nombre.
  - Derecho a la integridad física.
  - Derecho a la supervivencia y el desarrollo.
  - Derecho a las relaciones y contactos familiares.
  - Adopción.
  - Responsabilidad de proporcionar condiciones para el desarrollo.
  - Medidas para asegurar el pago de la pensión alimenticia.
- Educación, esparcimiento y actividades culturales:
  - Derecho a la educación.
- Derecho al juego.

### 3. Derechos que implican una prestación directa por parte del Estado

La tercera categoría de obligaciones para el cumplimiento de la Convención implica una serie de prestaciones que debe dar directamente el Estado. Este tipo de derechos tiene que ver, en buena medida, con la evolución de los derechos humanos y el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales. Un dato interesante es que, contrario a lo que ocurrió en el caso de las personas mayores de edad respecto de las cuales el cumplimiento de estos derechos se entiende de forma programática, en el caso de niñas y niños fueron los primeros en ser reconocidos y, en buena medida, garantizados. Así, por ejemplo, la educación o la salud han sido asumidos en forma directa por los Estados, a diferencia de los derechos vinculados con la participación que han sido más problemáticos de garantizar para quienes no ha llegado a la mayoría de edad.

Sin embargo, es necesario interpretar el contenido de estas obligaciones en su sentido más amplio, incluyendo algunos derechos que no habían sido contemplados con anterioridad, como el derecho a espacios propios para el esparcimiento y el juego o el derecho a la seguridad como presupuesto para el ejercicio de otros derechos, por mencionar sólo éstos.

Algunos de los derechos de la Convención que pueden tener una obligación correlativa en este rubro son los siguientes:

- Salud básica y bienestar:
  - Acceso a la seguridad social.
  - Obligación del Estado en materia de nutrición, vestuario y vivienda.
  - Protección y asistencia por parte del Estado.
  - Protección contra explotación, trata, secuestro, etcétera.
  - Educación, esparcimiento y actividades culturales.
  - Derecho a la educación.
  - Derecho al acceso a lugares de esparcimiento.
- Medidas especiales de protección:
  - Protección en contra de la explotación.

- Protección contra traslados ilícitos.
- Seguridad jurídica (justicia para adolescentes).

## V. Ejes transversales

Los ejes transversales están constituidos por una serie de elementos que deben estar presentes en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos, incluyendo desde luego el diseño del marco jurídico respectivo. Estos deben ser:

- Legislación: desde luego, para el adecuado cumplimiento de los derechos es necesario un reconocimiento jurídico adecuado en las leyes mexicanas, acorde con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, especialmente los que contemplan derechos de niñas y niños.
- Políticas de Estado: este eje tiene, a partir de la reforma del 12 de octubre de 2011, sustento en el artículo 4o. constitucional. En esta disposición se ordena específicamente que el principio del interés superior del niño “deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.
- Para la adecuada garantía de los derechos humanos deben diseñarse políticas públicas, con un presupuesto suficiente, especialmente tratándose de niñas y niños. Por otra parte, el enfoque de derechos debe siempre orientar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas.
- Perspectiva de género: debe aplicarse para identificar las condiciones que colocan a las niñas en una posición de mayor vulnerabilidad, con el fin de orientar tanto el diseño y garantía de los derechos y políticas públicas a una efectiva igualdad.
- Principio de igualdad: entendido como la adopción de leyes y políticas específicas para quienes están en una situación de desventaja, como es el caso de las personas menores de edad, debe operar como eje transversal.
- Subsidiariedad: este eje deriva de una interpretación fuerte en el cumplimiento de las obligaciones. Supone que se trata de derechos

que en todo caso deben ser garantizados por lo que, en caso de que los obligados primarios (generalmente los progenitores o familiares cercanos) no puedan hacerse cargo de las obligaciones, el Estado y las instituciones deben actuar inmediatamente.