

Artículo

Reconocimiento constitucional del principio del interés superior del niño

Luisa Fernanda Tello Moreno*

RESUMEN: Después de la publicación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la Constitución ha sido objeto de diversas modificaciones relacionadas con derechos humanos específicos. Una de ellas es la reforma publicada en octubre de 2011, mediante la que se inserta en el artículo 4o. constitucional el reconocimiento del principio del interés superior del niño, mismo que debe de ser observado en todas las actuaciones y decisiones del Estado. El presente trabajo aborda las implicaciones de este reconocimiento y señala la importancia de que dicho reconocimiento hubiera incluido todos los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que su cumplimiento, a partir de la reforma en materia de derechos humanos, es una obligación constitucional, además de señalar la necesidad de que el principio del interés superior del niño sea observado desde un primer nivel, por parte del Poder Legislativo en la emisión de leyes acordes con el mismo y con la normativa internacional de la materia, con la intención de tener un marco jurídico completo que proteja de la mejor manera posible a los niños y las niñas y sus derechos.

ABSTRACT: *Science the constitutional human rights amendment, Mexican Constitution has been modified several times in order to recognize specific human rights aspects. One of those changes has been the introduction, of the best interest of the child principle in October 2011, which must be observed and accomplished in every State act or decision. This paper deals with the implications of such amendment and suggests that it should include the rest of the principles contained in the Convention on the Rights of the Child, because its observance and fulfillment, after the human rights amendment, represents a constitutional obligation. Besides, it outlines that the observance of the principle of the best interest of the child must be accomplished by the first level of the law making process, so Mexican laws can reach the international human rights parameters and guidelines, in order to establish a complete legal framework, able to protect boys and girls and their human rights in the best possible way.*

SUMARIO: Introducción. I. El principio del interés superior del niño. II. Una esperada reforma constitucional. III. Fundamentación y contenido de la reforma constitucional sobre el interés superior del niño. IV. Implicaciones de la reforma y su adecuación a la normativa internacional.

* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

Introducción

A pesar de que los derechos de los niños gozan de plena aceptación dentro de la comunidad internacional, siendo la Convención sobre los Derechos del Niño el tratado de carácter vinculante con mayor número de ratificaciones, ello no ha impedido la escasez de resultados favorables en los niveles de cumplimiento de estos derechos, ni ha evitado la existencia de condiciones de vida deplorables de niñas, niños y adolescentes (NNA) alrededor del mundo.

Uno de los aspectos que inciden en que estos derechos no sean plenamente observados se encuentra en la falta de comprensión del estatus de NNA como titulares de derechos, inclusive por parte de autoridades de diversos Estados. Esto se explica porque si bien se trata de derechos plenamente aceptados, su concepción actual es relativamente nueva históricamente hablando, ya que los menores de edad siempre estuvieron sometidos al cuidado de la familia, dentro de la que los padres gozaban de una completa libertad con relación a su protección, educación y trato. Durante esa etapa fueron vistos como objetos de protección y no como titulares de derechos, por lo que era común suplantar sus intereses, necesidades y deseos por las de sus padres o tutores.

Cronológicamente, la etapa inicial de reconocimiento de los derechos de los niños se abocó a su protección, sin desarrollar la titularidad de sus derechos. Representativa de ese momento histórico es la Declaración de los Derechos del Niño (Declaración de Ginebra) adoptada por la Sociedad de las Naciones en 1924; posteriormente, la Declaración emitida en 1959 por la Organización de las Naciones Unidas señala primordialmente la necesidad de protegerlos ante diversas situaciones y aunque enuncia algunos derechos, como los de al nombre, a la educación y a la seguridad social, entre otros, es básicamente parca en cuanto a su titularidad sobre ellos.

Aun en tiempos recientes o incluso actuales, algunas ramas del derecho, como el derecho civil, por ejemplo, los sigue considerando como sujetos incapaces jurídicamente; sin embargo, esta supuesta incapacidad debe ser adecuadamente matizada a la luz del desarrollo actual de los derechos del niño. La modificación del paradigma exclusivamente protector ha sido la gran aportación de los derechos humanos de NNA como los conocemos hoy en día, concepción de la que es representativa la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que ha llevado a un reconocimiento con cada vez mayores implicaciones en la titularidad de derechos y no sólo en la consideración como sujetos sometidos a la protección jurídica, si bien ésta es también una parte fundamental.

El Estado mexicano ratificó la Convención el 21 de septiembre de 1990, por lo que desde entonces quedó obligado a cumplir con los derechos ahí establecidos. No obstante, ni la Constitución –que desde el año 2000 comprende una disposición relativa a la satisfacción de los derechos de NN– ni la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de la disposición constitucional y en vigor desde ese mismo año, cubrieron adecuadamente la normativa establecida en la Convención, siendo el Estado objeto de distintas recomendaciones tendentes a adecuar el marco jurídico nacional a las disposiciones internacionales en la materia.

Bajo ese contexto, después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos,¹ se han realizado diversas modificaciones a la Constitución, particularmente al artículo 4o., mismas que se relacionan con algunos de estos derechos. Una de estas modificaciones es la que reconoce constitucionalmente el principio del interés superior del niño,² que establece que el Estado velará por éste y lo cumplirá en todas sus decisiones y actuaciones, garantizando los derechos de las niñas y los niños, además de que el principio debe guiar el diseño, la ejecución, el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

En el presente trabajo se pretende analizar el reconocimiento constitucional del principio del interés superior de la infancia y sus implicaciones, en el entendido de que el mismo debe concebirse y aplicarse de manera acorde con la normativa internacional de los derechos del niño y posibilitar el cumplimiento de los derechos humanos de NNA en cada caso que el Estado conozca y en cada decisión que tome, de la manera en que mejor favorezca a su máximo interés, en beneficio de su desarrollo y bienestar personal.

Con este fin, en el primer apartado se abordan aspectos básicos de los derechos de la infancia y el estudio del principio del interés superior del niño. En el segundo se hace un repaso sobre las cuestiones que tiempo atrás hacían necesaria una reforma sobre los derechos de los niños en México. La tercera parte se refiere al fundamento y el contenido de la reforma constitucional de la materia y en el cuarto apartado se analizan sus implicaciones, así como su adecuación a la normativa internacional; finalmente se incluyen algunas reflexiones generales sobre el tema.

I. El principio del interés superior del niño

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como el principio de su interés superior hacen referencia al término “niño”, mientras que en las disposiciones legales mexicanas se habla de “niños y niñas” o de “niños, niñas y adolescentes”. Esto se debe al tiempo de expedición de las legislaciones específicas; en virtud de que las disposiciones nacionales son posteriores a la Convención, ya incluyen la perspectiva de género y las necesidades específicas de los adolescentes.

En este sentido, cabe señalar que la Convención se refiere con “niño” a todo niño o niña menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. En virtud de que el último señalamiento es una excepción, utilizaremos la regla genérica de la consideración como niños hasta antes de los 18 años, además de que en México la mayoría de edad se obtiene también a los 18 años.

¹ Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 10 de junio de 2011.

² Además del reconocimiento del principio del interés superior del niño, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 12 de octubre de 2011, al día siguiente se publicó la reforma mediante la que se reconoce el derecho de todas las personas a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, y el 8 de febrero de 2012 la reforma que reconoce los derechos de todas las personas a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar y el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico.

Últimamente la práctica alude a los adolescentes de manera específica, pues si bien, siguiendo lo establecido en la Convención, son considerados como niños, su etapa particular de desarrollo, entre los 12 y los 17 años, hace necesario que se les diferencie de los menores de esa edad en virtud de su adelanto y evolución cognitiva y emocional, así como de las necesidades específicas de esa etapa. Bajo ese contexto, el principio del interés superior del niño será aplicable a todos los niños en general, pero se diferenciará en función de sus necesidades específicas como NNA.

Realizada dicha precisión, resulta adecuado referirnos a la teoría de los derechos del niño, que reconoce a NNA su calidad de personas, y por lo tanto, la capacidad de ser titulares de derechos y no sólo personas sometidas a la protección, sino sujetos de derecho, cuyo ejercicio se encuentra condicionado a su etapa de desarrollo específica, en virtud de la cual pueden ejercer ciertos derechos en particular. En ese sentido, es fundamental reconocer que NNA no son incapaces, sino personas en su dimensión humana y jurídica,³ y, por lo tanto, sujetos de los derechos reconocidos a todas las personas.⁴

Se les considera personas naturales que tienen capacidad jurídica, entendida como la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones, misma que se diferencia de la capacidad de realizar actos jurídicos o de adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones, conocida como la capacidad de obrar.⁵ En ese sentido, la capacidad jurídica se adquiere en virtud de la titularidad sobre bienes y derechos, y el no poder realizar actos jurídicos por sí mismos se deriva de la falta de capacidad de obrar, por lo que sus representantes legales son quienes suelen realizar dichos actos en su nombre o representación.

No obstante, esta capacidad de obrar no les es completamente ajena, sino que se encuentra limitada en virtud de las disposiciones legales que los protegen. Esto es así porque la minoría de edad no implica en sí misma una incapacidad, sino el desarrollo continuo de los individuos en formación, por lo que en diversas etapas de ese desarrollo suelen ser representados por sus padres, familiares o tutores.

En este sentido, se ha establecido que la capacidad de obrar descansa en la valoración que realice el orden jurídico, en función del grado de madurez y discernimiento de NNA en específico⁶ para decidir respecto de ciertas cuestiones. Así, las legislaciones de diversos países regulan algunas situaciones respecto de las que NNA pueden participar mediante la expresión de sus opiniones y preferencias en ciertos casos que les afecten, una vez que han alcanzado cierta edad.

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de

³ Nuria González y Sonia Rodríguez, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto Mexicano*. México, UNAM, IJ, 2011, p. 3. Cit. F. Rivero Hernández, *El interés del menor*. Madrid, Dykinson, 2007, p. 56.

⁴ N. González y S. Rodríguez, *op. cit.*, p. 3.

⁵ Manuel Serrano Ruiz-Calderón, coord., *Los menores en protección*. Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007, pp. 17-18.

⁶ *Ibid.*, p. 21.

su edad y madurez (artículo 12) y reconocen sus derechos a la libertad de expresión (artículo 13), de pensamiento, conciencia y religión (artículo 14), de asociación y a la celebración de reuniones pacíficas (artículo 15), a acceder a la información y a materiales procedentes de diversas fuentes (artículo 17), así como a solicitar la calidad de refugiado (artículo 22). Todos ellos, derechos de participación.

En España, por ejemplo, su capacidad de obrar se determina por medio de un elemento objetivo y uno subjetivo. El primero, que constituye una regla general, se prescribe cuando NNA han alcanzado cierta edad (dependiendo del acto específico a realizar), y el segundo se determina en función de la capacidad natural que tenga cada niño en un momento determinado y con relación al acto que ha de realizar.⁷ En esa virtud se reconoce jurídicamente que la “adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina”.⁸ La ley contempla determinadas situaciones en las que NNA tienen cierta capacidad de obrar, si se reúnen los elementos objetivo y subjetivo recién mencionados.

En términos generales y reunidas las condiciones señaladas, a partir de los 12 años pueden consentir su adopción. A partir de los 14 pueden optar por la nacionalidad española o solicitarla mediante una carta de naturalización con la asistencia de sus representantes legales u optar por una vecindad distinta a la de ellos, así como contraer matrimonio si tienen dispensa del juez y otorgar capitulaciones matrimoniales.⁹ Desde los 16 pueden trabajar, realizar actos de administración ordinaria sobre los bienes que han adquirido con su trabajo y, en casos específicos, los jueces pueden decidir respecto de su capacidad para otro tipo de actos.

Lo anterior se justifica por las capacidades concretas de los adolescentes, y si las normas internacionales y nacionales permiten el trabajo infantil desde los 14 años¹⁰ –y en ocasiones, las nacionales lo permiten a edades menores– no habría razón para no permitir que los adolescentes tengan capacidad de obrar para otras cuestiones, cuando en múltiples ocasiones demuestran ser capaces de hacerse cargo de sí mismos.

El interés superior del niño es uno de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y se encuentra consagrado en su artículo 3o., de la siguiente manera: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Si bien ninguna Observación General del Comité de los Derechos del Niño¹¹ se refiere específicamente al principio del interés superior de la infancia, todas

⁷ *Ibid.*, p. 23.

⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁹ Véase Lucía Vázquez-Pastor Jiménez, *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 54-58.

¹⁰ Conforme al artículo 2 del Convenio Núm. 138 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la edad mínima de admisión al empleo. Dicho Convenio no ha sido ratificado por México, sin embargo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala, en la fracción III del apartado A, del artículo 123, la edad de 14 años como la mínima para el trabajo infantil, aunque en la práctica y, sobre todo, en actividades no reguladas o más difíciles de regular como el trabajo en el campo y el comercio informal, niñas y niños trabajan desde edades mucho menores.

¹¹ Órgano encargado de examinar los progresos realizados por los Estados partes en el cumplimiento de las obligaciones de la Convención mediante el análisis y examen de los informes que presenten los

ellas hacen alusión al mismo en los aspectos relacionados con su temática particular, pues la protección de NNA y sus derechos no puede aislarse de los principios proclamados en la Convención. Así como todos los derechos humanos son interdependientes entre sí, los principios de no discriminación (artículo 2o.), interés superior del niño (artículo 3o.), el derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo (artículo 6o.), así como el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y a que dichas opiniones sean tomadas en cuenta (artículo 12), son también principios interdependientes al hablar de los derechos de los NNA.¹²

La Observación General Número 5, sobre las medidas generales de aplicación de la Convención, establece específicamente el interés superior del niño, que implica que todos los órganos o instituciones legislativas, administrativas y judiciales lo apliquen, estudiando sistemáticamente la manera en que los derechos e intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y medidas que adopten.¹³ Establece que la interpretación del principio no puede modificar o reemplazar ningún derecho garantizado en la Convención, pero adquiere un significado especial cuando otras disposiciones específicas de la misma no puedan aplicarse,¹⁴ por lo que éste debe de ser siempre una consideración primordial.

Si bien el principio se incluye de manera específica en otros artículos de la Convención, como los relativos a la separación del menor de sus padres (artículo 9o.), las responsabilidades de éstos (artículo 18), la privación del entorno familiar (artículo 20), la adopción (artículo 21), la privación de la libertad (artículo 37) o las audiencias procesales penales en que haya menores implicados (artículo 40), su aplicación no se prevé sólo en estos casos y debe de estar presente en toda decisión relacionada directa o indirectamente con las niñas, los niños y los adolescentes.

Por su parte, el Comité ha establecido en sus observaciones generales que la interpretación del principio del interés superior del niño debe de ser compatible con toda la Convención¹⁵ y tomarse como medida respecto de los niños como individuos en particular, tanto como grupo o colectivo, lo que en este último rubro implica su aplicación en toda innovación de la legislación y las políticas públicas.¹⁶ Asimismo, establece que el principio es similar a un derecho procesal que obliga a los Estados partes a introducir disposiciones que lo garanticen en los

Estados, de conformidad con los artículos 44 y 45 de la misma, así como de interpretar el contenido de las disposiciones del instrumento internacional, por medio de la emisión de observaciones generales.

¹² El Comité de los Derechos del Niño los considera principios generales. Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General Núm. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 27 de noviembre de 2003, Doc CRC/GC/2003/5, párr. 12.

¹³ *Idem*.

¹⁴ UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Ginebra, UNICEF, 2004, p. 39.

¹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Núm. 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28, y artículo 37, entre otros), 21 de agosto de 2006, Doc CRC/GC/2006/8, párr. 26.

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Núm. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005, Doc CRC/GC/2005/6, párr. 13.

procesos de adopción y deben de examinar las medidas tomadas por las instituciones públicas y privadas, las autoridades y los órganos legislativos, por lo que toda ley, regla o norma que los afecte debe guiarse por ese criterio.¹⁷

En cuanto a las actividades del Estado prevé que profesionales encargados de proteger a NNA contra la violencia puedan causarles daño directa o indirectamente al carecer de medios efectivos para cumplir las obligaciones de la Convención, sobre todo cuando realizan ciertos actos sin tener en cuenta su interés superior, sus opiniones u objetivos de desarrollo;¹⁸ señala que lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos enunciados en la Convención.¹⁹

Tratándose de intervenciones judiciales establece que las garantías procesales deben ser siempre respetadas y toda decisión debe de tener como fin último la protección del niño, la salvaguarda de su desarrollo posterior, velar por su interés superior y porque las intervenciones sean lo menos perjudiciales posibles en función de las circunstancias.²⁰

La doctrina establece que el principio no se refiere a un interés cualquiera, como tampoco a aquel que NNA pudieran considerar con el fin de cumplir sus deseos o inclinaciones, sino al superior, al que tenga más fuerza y se encuentre vinculado con sus necesidades; al más importante en virtud de ser un requerimiento para su vida y su desarrollo, por lo que puede desplazar otras exigencias,²¹ aunque no por ello debe de ser el único aspecto valorado, ya que pueden existir conflictos entre los intereses de varios niños o grupos de niños o niños y adultos. No obstante, siempre debe ser objeto de consideración.²²

En la Opinión Consultiva relativa a los derechos humanos de los niños, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo considera un principio regulador de la normativa de estos derechos, fundado en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo en función del pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención.²³ Además, señala que para asegurar la prevalencia del principio es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales para los niños por su minoría de edad, sino también las características particulares de la situación en que se encuentren.²⁴

Asimismo, ha establecido que la prevalencia de este interés debe de ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos, cuando el caso se refiera a menores de edad.²⁵

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Núm. 12, El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009, Doc CRC/GC/12, párrs. 70 y 72.

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Núm. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 de abril de 2011, CRC/GC/13, párr. 32.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 61.

²⁰ *Ibid.*, párr. 54.

²¹ Mónica González Contró, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*. México, UNAM, IIJ, 2008, p. 405.

²² UNICEF, *op. cit.*, p. 42.

²³ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56.

²⁴ *Ibid.*, párr. 61.

²⁵ Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 408.

El principio marca la actuación del Estado, así como la de los particulares, respecto del trato que deben dar a NNA y las decisiones que han de tomar en función de su desarrollo y bienestar. Por ese motivo, incluye también a los padres, tutores y organizaciones no gubernamentales, ya que en diversas situaciones y circunstancias, ellos y sus actuaciones pueden influir directamente en su calidad de vida, independientemente de las políticas públicas y la normativa emitida por la vía estatal.

Para el Estado se establecen dos connotaciones fundamentales, la jurídica y la política. En el primer ámbito, el principio es entendido como la consideración especial que el orden jurídico debe tener en cuanto a los derechos de NNA y su ejercicio, por lo que actúa como un elemento mediador en la tensión que puede presentarse entre derechos de la infancia y la adolescencia, y los derechos de otros grupos.²⁶ Constituye una pauta para las autoridades encargadas de aplicar la ley, por lo que no es sólo una norma de actuación de la administración pública, sino una norma interpretativa para los jueces,²⁷ como lo señala la Observación General Número 13, como el criterio que debe prevalecer sobre los intereses de los padres o del Estado, por ejemplo.

En el ámbito político, el principio encarna la prioridad que deben de constituir las NNA en el diseño y ejecución tanto de las políticas públicas como de los planes de desarrollo.²⁸ En efecto, no podría hablarse de un verdadero interés superior de la infancia, si no se garantizara el otorgamiento de los recursos que hagan realizables y ejecutables diversas medidas y disposiciones establecidas en las leyes con el fin de que niñas y niños puedan gozar de situaciones adecuadas de salud, educación, esparcimiento y demás necesarias para su pleno desarrollo. Es decir, si no se garantizan sus derechos plenamente.

La forma de incorporar el principio en las prácticas y políticas nacionales que se vinculan con la infancia tiene una relación directa con la asignación de recursos presupuestales.²⁹ El principio requiere del presupuesto general del Gobierno central, así como de los presupuestos regionales y locales, el destino de recursos suficientes y adecuados para los niños,³⁰ por lo que es necesario tener claramente en cuenta las necesidades a satisfacer, con el fin de configurar presupuestos pertinentes y determinar la proporción y cantidad de los recursos que serán asignados.

El principio se constituye a la vez como límite y horizonte³¹ de las decisiones relacionadas con NNA, por medio del que se debe garantizar lo más beneficioso para ellos en función del libre desarrollo de su personalidad, tanto en el presente como en el futuro.

Bajo dicha perspectiva se le ha considerado como un criterio de control de la sociedad y de la calidad del ejercicio de los derechos y de las obligaciones, que sirve para conocer si los niños están siendo realmente tomados en cuenta como

²⁶ Ligia Galvis Ortiz, *Las niñas, los niños y los adolescentes. Titulares activos de derechos*. Bogotá, Ediciones Aurora, 2006, p. 138.

²⁷ M. Serrano Ruiz-Calderón, *op. cit.*, p. 125.

²⁸ L. Galvis Ortiz, *op. cit.*, p. 139.

²⁹ UNICEF, *op. cit.*, *supra* nota 12, p. 42.

³⁰ *Ibid.*, pp. 43 y 71.

³¹ L. Galvis Ortiz, *op. cit.*, p. 139.

personas que gozan de la plena titularidad de sus derechos o no,³² así como un principio rector de sus derechos, que opera como un criterio de interpretación para el resto de los derechos.³³ Su trascendencia radica en su vinculación con el principio de dignidad y en los principios de autonomía e igualdad³⁴ acordes con su calidad de personas, pero manteniendo los beneficios derivados de la protección familiar.

No obstante, el principio es también una disposición polémica cuya utilidad se ha puesto en duda al considerarse que los intereses de los niños ya se recogen en la normativa que reconoce y consagra sus derechos; además de generarse dudas sobre su indeterminación o la dificultad de aplicarlo.³⁵ En ese sentido, es un principio general difícil de acotar que consagra un fin, pero no ofrece guías de aplicación respecto de cómo llegar a él.

En consecuencia, se corre el riesgo de que el principio se aloje dentro de una retórica poco precisa en la que no se defina lo que constituye o de que sea utilizado de manera subjetiva, atendiendo a las opiniones, creencias e ideologías de quienes deben de resolver casos concretos o establecer y dirigir políticas públicas y no en función de lo más beneficioso para el desarrollo y bienestar de NNA, pues como lo establece la Observación General Número 13, a veces quienes tienen a su cargo su protección, pueden violar sus derechos al desconocer éstos y sus necesidades específicas.

En este sentido, el Comité, en la misma Observación, señala que debe atenderse a lo que es más adecuado para NNA, no a lo que beneficia o satisface en mayor medida a sus padres y tutores o al Estado; su aplicación implica dejar de lado las arbitrariedades y el paternalismo, para centrarse en lo realmente beneficioso para su desarrollo y bienestar en función de los principios que rigen sus derechos, en sus necesidades específicas, así como en sus propias preferencias. Ello es fundamental porque desde un análisis diacrónico se puede advertir cómo con la intención de proteger a la niñez se han cometido múltiples injusticias e incluso se les ha dañado.³⁶

Si bien se ha reconocido que la Convención es una guía que ayuda a dotar de contenido al principio del interés superior del niño a través de una declaración de valores cuidadosamente formulados y balanceados³⁷ también se ha considerado que su objetivo no es determinar de qué forma aplicarlo en cada caso concreto, ya que las características de estos tienden a variar en función del tiempo y los valores socioculturales predominantes en cada época determinada. No obstante, hay un acuerdo implícito que indica que en función de dichos valores y conocimientos se opte por el camino que brinde a NNA las mejores condiciones de desarrollo y bienestar.

³² Susana Villarán, "Retos de la Convención sobre los Derechos del Niño", en *Dfensor*. México, núm. 1, enero de 2010, p. 21.

³³ M. González Contró, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 402.

³⁴ *Ibid.*, pp. 403 y 407.

³⁵ *Ibid.*, pp. 403-404.

³⁶ Véase Linda Gordon, "Cuando el mejor interés del niño es la peor práctica", en *Debate Feminista*. México, año 11, vol. 22, octubre de 2000. La autora menciona diversos casos en los que con una visión limitada se ha tratado de proteger a los niños o ver por su máximo bien, causándoles diversos daños, como en los casos de robo de niños cometidos en contra de grupos indígenas, etcétera

³⁷ M. González Contró, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 406.

En términos generales se establece que la aplicación del principio, su configuración y contenido, habrá de adoptarse conforme a las características del caso concreto de que se trate y si bien esa relatividad puede ser considerada un defecto, también “evita encapsularlo en una concreta realidad social, cultural, política y jurídica que pueda ser superada rápidamente...”³⁸ Ofrece la oportunidad de adaptarse a las circunstancias específicas de cada caso, según el contexto determinado, lo que puede considerarse una ventaja frente a las posibles limitaciones que implicaría una definición más precisa; si bien, en su aplicación siempre se deben de considerar múltiples aspectos.

Es por ello que el interés superior del niño no puede ser atendido de manera aislada, sino en conjunto con el resto de los principios que rigen los derechos de la infancia que, como ya se ha dicho, constituyen un conjunto de valores y parámetros entrelazados, y es a partir de ellos que se podrá determinar de manera más adecuada si una decisión o política a adoptar es la mejor para la infancia³⁹ y atiende a su interés superior.

De esa manera, el resto de los principios actuarían como garantía de control encargada de vigilar que la aplicación del interés superior de la infancia no se base en determinaciones discrecionales, unilaterales, arbitrarias, superficiales o paternalistas, sino que éstos se tomen en cuenta y se verifique que cada decisión adoptada en relación con ellos no sean objeto de discriminación, se garantice su derecho a la vida y la obligación del Estado de garantizar su supervivencia y desarrollo, así como el derecho a expresar su opinión respecto de los asuntos que les afecten.

II. Una esperada reforma constitucional

Antes de la reforma sobre el principio del interés superior del niño, los párrafos sexto, séptimo y octavo del artículo 4o. constitucional señalaban lo siguiente:

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.⁴⁰

El texto constitucional contemplaba el tema de los derechos de las niñas y los niños, pero era poco claro, ya que en el párrafo sexto se señalaba el derecho a la satisfacción de ciertas necesidades, a saber, la alimentación, la salud, la

³⁸ N. González y S. Rodríguez, *op. cit.*, p. 26.

³⁹ Juan Martín Pérez García, “¿Interés superior de la niñez o discriminación tutelar de la infancia callejera”, en *Dfensor*. México, núm. 1, enero de 2010, p. 25.

⁴⁰ Dichos párrafos fueron incorporados a la Constitución mediante reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 7 de abril de 2000. Para una historia breve de la evolución del artículo 4o. constitucional en el ámbito de los derechos de las niñas y los niños, véase Mónica González Contró, “La reforma constitucional pendiente en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes”, en *Cuestiones Constitucionales*. México, UNAM, IJ, núm. 20, enero-junio de 2009, pp. 232 a 237.

educación y el sano esparcimiento, y en el párrafo siguiente se establecía que los ascendientes y los tutores tenían el deber de preservar esos derechos.

En estos términos, se otorga a los derechos a la alimentación, la salud, la educación y el sano esparcimiento el tratamiento de necesidades. Si bien parece que en el párrafo siguiente se reconoce su carácter de derechos, la responsabilidad de preservarlos recae en sus representantes (padres y tutores), dejando de lado la principal y fundamental responsabilidad del Estado al respecto —que constituye un principio consagrado en la Convención; la obligación del Estado de garantizar su supervivencia y desarrollo— señalando solamente que éste proveerá lo necesario para “propiciar” —ni siquiera asegurar o garantizar— el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

De lo anterior se desprenden dos aspectos fundamentales, primero, un carácter confuso entre las necesidades y los derechos a la alimentación, la salud, la educación y el sano esparcimiento de las niñas y los niños, y segundo, un papel poco claro del Estado en el cumplimiento de los mismos, ya que su actividad se refería solo a “propiciar” el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, sin implicar la obligación específica de cumplir con ellos y garantizarlos.

La redacción no es acorde con los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, ya que la alimentación, la salud, la educación y el sano esparcimiento son verdaderos derechos humanos reconocidos en los artículos 23, 24, 25, 27, 28, 29 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁴¹ además de que tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Sistema de Naciones Unidas, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁴² (Protocolo de San Salvador), del Sistema Interamericano, reconocen los derechos a la alimentación, la salud y la educación.

Bajo ese contexto el Estado tenía la obligación de cumplir con los derechos señalados, en virtud de los tratados internacionales recién mencionados; no obstante, diversos agentes gubernamentales tienden a desconocer el contenido de los tratados de derechos humanos, tomando solamente por válidas las disposiciones constitucionales; consecuentemente, entre otras cuestiones, la falta de adecuación constitucional y legislativa a los tratados internacionales en materia de derechos del niño hacía necesaria una reforma que reconociera claramente sus derechos y adecuara a la normativa internacional los derechos de la infancia en nuestro país.

Por otra parte, en sus observaciones finales a los informes presentados por México, de acuerdo con el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de la materia manifestó estar preocupado porque ni la legislación ni las políticas nacionales prestaban debida atención al principio del interés superior del niño⁴³ y recomendó al Estado mexicano adoptar medidas para sensi-

⁴¹ Adoptada el 20 de noviembre de 1989; en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada por el Estado mexicano el día 21 del mes y año citados.

⁴² El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue ratificado por el Estado mexicano el 23 de marzo de 1981, mientras que el Protocolo de San Salvador el 8 de marzo de 1996.

⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales, México, 42o. Período de Sesiones, 8 de junio de 2006, Doc CRC/C/Mex/CO3, párr. 25.

bilizar a la población sobre el significado y la importancia de aplicar el principio y velar porque el mismo estuviera debidamente reflejado en sus medidas legislativas y administrativas, como con las relacionadas con la asignación de recursos públicos.⁴⁴

En ese sentido, Mónica González Contró planteó la necesidad de una reforma que abarcara cuatro aspectos fundamentales. En principio, la exclusividad del reconocimiento de los derechos de los niños en un apartado distinto al artículo 4o., ya que éste contiene también la subordinación de los niños a la autoridad familiar y un amplio catálogo de derechos distintos entre sí, como la igualdad entre el hombre y la mujer, el derecho a la vivienda, el derecho al medio ambiente, etcétera.

En segundo lugar, propuso la adopción de una definición para niñas y niños, y para adolescentes, en virtud de que éstos deben poder ejercer una mayor autonomía, además de que tienen necesidades precisas en función de su etapa de desarrollo específico y su edad, por lo que estableció la necesidad de diferenciar la niñez de la adolescencia como etapas evolutivas con características distintas.

El tercer punto se refiere a la necesidad de enunciar en la Constitución los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño (interés superior del niño; autonomía progresiva;⁴⁵ derecho a la supervivencia y al desarrollo integral, así como el principio de prioridad)⁴⁶ como criterios de interpretación y aplicación de sus derechos, lo que sin duda constituiría un marco jurídico completo. “Otros aspectos son igualmente deficientes en el actual texto constitucional, lo que da cuenta de la necesidad de una reforma que recoja las características relevantes de los derechos de niños y niñas, así como los principios que deben orientar su interpretación”.⁴⁷

Por último, establecía la necesidad de reconocer los derechos constitucionales y los derechos específicos de niños y niñas, como el derecho a expresar sus opiniones, a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos que les conciernen y el derecho a la protección especial del Estado frente a toda forma de maltrato, abandono o abuso; el primer aspecto se debe a la tradicional exclusión de los menores de la titularidad de los derechos y al actual reconocimiento de su autonomía progresiva, mientras que la protección especial del Estado se fundamenta en la necesidad de proteger a la infancia de conductas como la pornografía, la explotación, el secuestro y otras parecidas, mediante la adopción de medidas preventivas y sancionatorias.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 26.

⁴⁵ Principio que se considera implícito en el texto de la Convención.

⁴⁶ Aunque se ha establecido que la prevalencia de los derechos de los niños es la expresión operativa del principio del interés superior del niño, véase L. Galvis Ortiz, *op. cit.* González Contró establece que el principio de prioridad se deriva de la interpretación holística de la Convención, e implica que ante un posible conflicto de derechos prevalezca el derecho del niño, aunque éste no deba de prevalecer en todos los casos. Lo define como un criterio orientador de las decisiones de las autoridades. Por otra parte, también se ha establecido que ante intereses iguales, es el del menor el que debe prevalecer, mientras que tratándose de intereses superiores deben de prevalecer estos últimos, véase M. Serrano Ruiz-Calderón, coord., *op. cit.* No obstante no es fácil ni necesariamente adecuado establecer *a priori* las reglas que deben de prevalecer en cada caso, por lo que los asuntos se deben de resolver atendiendo a los casos concretos y sus particularidades.

⁴⁷ M. González Contró, *op. cit.*, *supra* nota 40, p. 238.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que el cumplimiento de estos derechos implica la obligación de ajustar los modelos institucionales de atención, la definición presupuestal para la infancia y la evaluación del impacto social del gasto público.

Desde una perspectiva distinta pero con resultados similares se ha establecido que el cumplimiento de los derechos del niño contemplados en la Convención implica tres acciones fundamentales: provisión, protección y participación (*provision, protection and participation*).⁴⁸

La provisión implica la satisfacción de las necesidades económicas y sociales básicas; la protección se refiere a que los niños y las niñas, así como sus derechos, sean protegidos de conductas o prácticas dañinas, y por participación se entiende el cumplimiento de los derechos de los niños a expresar su opinión en los asuntos que les conciernen y a que ésta sea escuchada, así como el reconocimiento de sus libertades de expresión, información, creencias, conciencia, asociación y reunión pacífica.

Estos tres principios son considerados fundamentales como parámetros de interpretación y aplicación del interés superior del niño, por lo que se establece que en cada caso deberá de revisarse la satisfacción de sus necesidades económicas y sociales básicas, su protección y la de sus derechos, así como que puedan expresar su opinión respecto de los asuntos que les conciernen y sean escuchados en concordancia con su edad y grado de madurez, además de ejercer las libertades señaladas.

Ninguna perspectiva similar era incluida o utilizada por el Estado mexicano; al respecto, el Comité manifestó que a pesar de las medidas adoptadas para armonizar la legislación nacional, la Convención y otras normas internacionales, le preocupaba la falta de eficacia de las medidas adoptadas para dar efectividad a los derechos de la Convención, por lo que instó al Estado a adoptar las medidas necesarias para armonizar las leyes federales y estatales con la Convención y otras normas internacionales a fin de asegurar su aplicación efectiva.⁴⁹

Específicamente refirió que las asignaciones presupuestales destinadas a los niños continuaban siendo insuficientes,⁵⁰ particularmente en los ámbitos de la salud y la educación, y señaló su preocupación porque los códigos civiles, tanto sustantivos como de procedimiento, no daban a NNA la oportunidad de ser escuchados por las autoridades judiciales.⁵¹

Otro acto de un organismo internacional que hizo patente la necesidad de reformar las disposiciones legales relacionadas con los derechos del niño fue la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como *Campo Algodonero*, en el que consideró que a pesar de las leyes para la protección de la niñez y de determinadas políticas estatales en la materia, de las pruebas aportadas por el Estado en el caso, no constaba que las medidas hubieran sido efectivas para iniciar a tiempo la búsqueda de las jóvenes desaparecidas, activar todos los recursos para movilizar a distintas instituciones,

⁴⁸ Véase R. Brian Howe y Katherine Covell, "Child poverty and the rights of the child", en *Human Rights Quarterly*, Baltimore, Maryland, The Johns Hopkins University Press, vol. 25, núm. 4, noviembre de 2003, pp. 1069-1070.

⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, *supra* nota 43, párr. 6.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 15.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 6.

desplegar mecanismos internos para obtener la información que permitiera buscarlas con rapidez y, encontrados los cuerpos, realizar investigaciones, así como procesar y sancionar a los responsables de forma eficaz y expedita, por lo que estimó que el Estado “no mostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de los niños”.⁵²

Bajo este contexto se hacía cada vez más que visible la necesidad de una reforma que protegiera a los NNA y garantizara el ejercicio de sus derechos, de conformidad con la normativa internacional de la materia, particularmente con la Convención sobre los Derechos del Niño.

III. Fundamentación y contenido de la reforma constitucional sobre el interés superior del niño

El proceso legislativo de la reforma constitucional que reconoce el principio del interés superior del niño contiene 17 iniciativas presentadas desde 2002 hasta 2010, por diputados de los diversos partidos políticos, y que en su mayoría tienden a resaltar distintos aspectos relacionados con la protección de NNA.

Se encuentran propuestas dirigidas a otorgar al Congreso la facultad de expedir leyes generales para la atención y protección de grupos vulnerables, entre los que se contemplan niñas y niños, personas con discapacidad y adultos mayores; con el objetivo de proteger la identidad de las NN mediante una “certificación legal de existencia”; para evitar su explotación; para reconocer los derechos de los adolescentes como grupo poblacional con necesidades específicas; sobre el derecho a la alimentación; respecto de la implantación de políticas públicas de bienestar, solidaridad y seguridad sociales, así como de desarrollo integral, material, económico, social, cultural y político para la protección de NNA; destinadas a reconocer expresamente el derecho a su libertad de expresión y a participar en los asuntos que les conciernen; a establecer el principio de no discriminación y el interés superior del menor; sobre la autonomía progresiva; el derecho a la supervivencia; el desarrollo integral y el principio de prioridad.

No obstante, sólo se tomaron en cuenta dos iniciativas como base para la reforma, mismas que fueron presentadas en los meses de febrero y abril de 2010, respectivamente,⁵³ y proponían, en principio, reconocer el principio del interés superior del niño garantizando los derechos de niñas y niños a la identidad, a tener un nombre, a la salud y nutrición adecuadas, a la educación, a vivir en un medio ambiente sano y libre de todo tipo de violencia, abuso o maltrato, al libre desarrollo de su personalidad, y a no ser explotados, mediante la modificación de los artículos 4o., 31 y 73 de la Constitución.

⁵² Corte IDH, *op. cit.*, *supra* nota 25.

⁵³ La primera de las iniciativas señaladas pretendía modificar los artículos 4o. y 31 de la Constitución, el primero con el objetivo de proteger el interés superior de la niñez mediante la garantía de derechos específicos de NN, y el segundo con la intención de reconocer constitucionalmente como obligación de todos los mexicanos la de proteger y hacer cumplir dicho principio. La segunda iniciativa planteaba la modificación del artículo 73, mediante la adición del inciso P) a la fracción XXIX, con el objeto de facultar al Congreso para determinar las competencias y uniformar las disposiciones aplicables en el territorio nacional, en los tres niveles de gobierno, con el fin de garantizar el interés superior de la infancia.

La primera de las iniciativas señalaba que en la historia jurídica mexicana, el tema del interés superior del niño se ajustaba a la tradición paternalista/autoritaria, lo que no había permitido su establecimiento legislativo ni judicial, y que, en virtud de dicha tradición, las autoridades pretendían constituir o realizar tal interés como un acto potestativo derivado de su investidura, y no de los derechos de los niños, motivo por el cual el principio funcionaba solamente como una base para tomar decisiones “correctas”,⁵⁴ pero no desempeñaba un papel primordial, ya que se reducía a una recomendación que operaba como un valor efímero sin consecuencias concretas o garantías de realización.⁵⁵

Con ello se reconocía que el principio no sólo se encontraba ausente del ámbito constitucional, sino que la manera en que venía siendo utilizado no representaba ni respetaba su verdadera esencia, además de no constituir un elemento que contribuyera necesariamente al desarrollo y bienestar de NNA.

A partir de dichas iniciativas se perfiló la reforma constitucional y en el dictamen respectivo en la cámara de origen se estableció que el principio del interés superior del menor poseía fines particulares como el ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconocieran el carácter integral de los derechos del niño; el obligar a que las políticas públicas dieran prioridad a los derechos de la niñez; permitir que éstos prevalecieran sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con ellos; orientar a que tanto los padres de familia como el Estado protejan el desarrollo de la autonomía de NNA en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentren limitadas, en virtud de esa función u objetivo, y finalmente, que las sociedades y gobiernos realicen el máximo esfuerzo para construir condiciones favorables a fin de que los niños puedan vivir y desplegar sus potencialidades.

En ese sentido, se consideró que el interés superior de los niños no debía quedar relegado a las normas secundarias y que con su inclusión constitucional el mismo se erigiría como punto de partida para toda norma secundaria en la materia.

En la etapa de discusión, también en la Cámara de origen, se estableció que modificar el artículo 73, dando origen a la facultad del Congreso para legislar en materia de los derechos de NNA, sería fundamental, ya que permitiría la aprobación de leyes sobre paternidad responsable, alimentos y adopción, entre otras, cuyo objeto principal sería el reconocimiento de la exigibilidad de los derechos de la infancia, estableciendo las competencias concurrentes entre la Federación, los estados y los municipios, bajo los términos dictados por la ley o leyes generales emitidas por el Congreso en la materia.

La Cámara revisora, por su parte, sólo modificó dos aspectos de la redacción de la propuesta. El primero de ellos, más trascendente que el segundo, obedeció a que se establecía como obligación de los ascendientes, tutores y custodios “hacer cumplir” los derechos de las NN, siendo que el obligado de hacerlos cumplir es el Estado, por lo que la redacción ahora establece la obligación de los padres y tutores de “exigir el cumplimiento de los derechos”; entendiéndose que dicha exigencia se plantea frente a las autoridades.

⁵⁴ Las comillas son de la autora.

⁵⁵ Iniciativa que reforma los artículos 4o. y 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la diputada Yolanda de la Torre Valadez, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional; presentada el 4 de febrero de 2010.

La reforma que introdujo en la Constitución el principio del interés superior del niño, en un inicio modificó los párrafos sexto y séptimo del artículo 4o., pero actualmente se encuentra en los párrafos noveno y décimo, ya que el mismo ha sido objeto de diversas modificaciones y adiciones posteriores a la que nos ocupa. El texto actual establece lo siguiente:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena 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. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El párrafo decimoprimer, antes octavo, quedó de la misma manera en que se encontraba antes de la reforma: “El Estado otorgará facilidades a los particulares para coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.

Asimismo, la reforma incluyó la adición de un inciso a la fracción XXIX del artículo 73 constitucional, el P), con objeto de otorgar al Congreso la facultad de: “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, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte”.

Lo que en principio se puede señalar sobre la reforma es que a pesar de la existencia de diversas iniciativas por medio de las que se pretendía fortalecer los derechos del niño y su cumplimiento, así como armonizar las disposiciones nacionales con las internacionales, la misma se limitó a adoptar sólo uno de los principios fundamentales de la Convención, el cual es sin duda importante, pero cuya eficacia es definitivamente menor, si carece del resto de los principios base. Por otra parte, no se aprovechó la oportunidad para reconocer claramente el carácter de los derechos a la alimentación, educación, salud y sano esparcimiento, ni aclarar la responsabilidad del Estado en su cumplimiento.

Afortunadamente la reciente reforma en materia de derechos humanos obliga a tomar en cuenta los tratados internacionales; sin embargo, hubiese sido mucho más efectivo contar con un marco jurídico constitucional que reconociera específica y claramente los derechos del niño, así como los principios básicos que los conforman, con el objetivo de que éstos no sean fraccionados en su aplicación.

Respecto de la reforma al artículo 73, ésta podrá ser evaluada adecuadamente al analizar las disposiciones de la ley que en ejercicio de dicha facultad expida el Congreso de la Unión y la adecuación de los derechos reconocidos, con los contemplados por la Convención sobre los Derechos del Niño.

IV. Implicaciones de la reforma y su adecuación a la normativa internacional

De forma inversa al reconocimiento histórico de los derechos humanos, los primeros derechos de los niños que obtuvieron reconocimiento formal en el ámbito jurídico fueron los derechos sociales,⁵⁶ ya que en términos generales los menores de edad eran considerados una extensión de los padres, se encontraban sometidos a la protección de la familia y se les consideraba jurídicamente incapaces.

No se reconocieron inmediatamente en su favor derechos de participación o libertad, sino derechos económicos y sociales, tendentes a garantizar la satisfacción de los elementos necesarios para su subsistencia y desarrollo adecuado, como el derecho a la salud, a la alimentación, a la educación, etcétera.

Esto implica una gran contradicción si observamos que nuestro texto constitucional, aun después de la reforma que reconoce el principio del interés superior de la infancia, se sigue refiriendo a la alimentación, la salud, la educación y el sano esparcimiento, como necesidades a satisfacer y no como reales derechos verdaderos a garantizar, ni reconoce los derechos de participación de NNA.

En cuanto al principio del interés superior del niño ha sido posible advertir que ha sido considerado un principio polémico del que no es posible prescindir si se pretende tomar en serio los derechos de los niños, sobre todo por su vinculación con su dignidad, al situarlos como los titulares de los derechos de la Convención,⁵⁷ no obstante, consideramos que para determinar el principio del interés superior del niño en cada caso concreto, aun en casos de colisiones entre derechos, existen suficientes parámetros guía.

Pero para ello, en definitiva, se requiere tener en claro la definición de este interés y el resto de los principios básicos de la Convención. En este sentido, la reforma que constitucionaliza el principio no pareciera perseguir dicho interés, al no acompañarlo del resto de los principios convencionales, fundamentales como guías de procedimiento en la aplicación del interés superior de la infancia.

En esos términos, el principio incorporado en el texto constitucional se encuentra incompleto y podría representar un riesgo si se aplica discrecionalmente sin atender a ciertos parámetros guía y si en función del mismo se legislan aisladamente las normas secundarias sobre la protección de la infancia y de sus derechos, en ejercicio de la facultad otorgada al Congreso en virtud de la adición del inciso P) a la fracción XXIX del artículo 73 constitucional.

Precisamente en virtud de dicha facultad se ha emitido el reciente proyecto de la Ley General de Protección Integral de los Derechos de la Niñez, elaborado por la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables de la Cámara de Diputados, proyecto sumamente cuestionado por diversos actores de la sociedad civil en ejercicio de su obligación de velar por el cumplimiento del interés superior del niño. El proyecto obtuvo sólo 22 puntos de calificación, de los 50 totales,⁵⁸ en

⁵⁶ Isabel Fanlo Cortés, "Viejos y nuevos derechos del niño. Un enfoque teórico", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México, ITAM-ELD, Distribuciones Fontamara, núm. 31, octubre de 2009, p. 23.

⁵⁷ M. González Contró, *op. cit.*, supra nota 21, p. 410.

⁵⁸ Red por los Derechos de la Infancia, *Proyecto de dictamen de la ley general de protección integral de los derechos de la niñez calificado a través del Índice de medición de Calidad de Leyes* en <http://www.>

función del Índice de Medición de Calidad de las Leyes en el Marco Normativo de los Derechos de la Infancia.⁵⁹

Algunos de los aspectos que destacan de dicha evaluación son que su título alude a la protección de los derechos de la niñez, misma que se encuentra definida como una etapa de vida entre los ocho y 12 años, por lo que dejaría fuera la protección de los niños menores y mayores a esa edad –como lo hace el texto de la reforma constitucional que reconoce el interés superior de la niñez y no del niño. A pesar de reconocer a NN como titulares de derechos, se caracteriza por una visión del menor como objeto de protección y no garantiza sus derechos; carece de un enfoque de género; incluye los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero éstos no se reflejan de manera transversal en el texto, y algunos principios se mencionan sin establecerse las medidas para garantizarlos; incluye cuestiones asistenciales y programas de apoyo, pero no políticas públicas específicas para garantizar ciertos derechos, además de que no se definen claramente las diferentes competencias de la Federación y los estados, entre otros.

Lo anterior lleva a concluir que los derechos del niño en nuestro país no sólo no se encuentran garantizados de manera adecuada, sino que no se adecuan a la normativa internacional derivada de la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que de aprobarse el proyecto tal como está, el mismo vulneraría lo ordenado en el artículo 1o. constitucional, que establece que en el país todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado sea parte, así como de las garantías para su protección y la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

En este caso, resulta difícil determinar de qué manera se le daría un adecuado cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño, si la ley general de la materia incluye estándares menores y en muchos casos incompatibles con las disposiciones de la Convención.

En ese sentido se han manifestado académicos, organizaciones civiles y representantes de organismos internacionales, preocupados por la adopción de una legislación cuyo objetivo es proteger a la infancia y garantizar sus derechos, pero cuyas disposiciones son insuficientes y no se encuentran completamente desarrolladas para lograrlo, lo que lleva a la conclusión de que en su diseño no se veló ni cumplió con el principio del interés superior del niño, a pesar de constituir un principio constitucional, llevado al texto de la Carta Magna por los mismos legisladores que elaboraron este proyecto. En este sentido, su cabal seguimiento llevaría a cumplir y garantizar los derechos de NNA, reconociendo ampliamente la titularidad de sus derechos y no sólo la protección en su favor.

En este contexto cobra suma importancia el hecho de que el principio recogido en la Constitución no se encuentre acompañado del resto de los principios de la Convención, conforme a los que debe de ser interpretado, ya que su apli-

derechosinfancia.org.mx/IndiceCalidadLeyes_AplicadoalProyectodeLeyFINAL.pdf

⁵⁹ Red por los Derechos de la Infancia, Índice de medición de calidad de leyes en el marco normativo de los derechos de la infancia. México, Derechos Infancia México, A. C., 2009, en <http://www.derechosinfancia.org.mx/indicemedicion.pdf>

cación depende de ellos, y esto queda sin observarse desde la primera etapa de la justiciabilidad de los derechos, es decir, desde el proceso legislativo.

En este sentido cabría preguntarse si el reconocimiento constitucional del interés superior de la infancia tuvo como objeto otorgar mayor protección a NNA por medio del impulso a su desarrollo y beneficio, en cuyo caso no parece haberse cumplido a cabalidad el objetivo, dado que al no incluirse los principios necesarios para su interpretación, el principio puede aplicarse discrecionalmente y en contravención de su objetivo. Si por otra parte el reconocimiento constitucional obedeció a la necesidad de atender disposiciones internacionales, tampoco se cumplió el fin, ya que esas disposiciones consideran también el resto de los principios, por lo que su incorporación fue incompleta, y si finalmente el objetivo era cumplir con la recomendación del Comité de los Derechos del Niño, éste tampoco fue satisfecho en su totalidad, ya que la recomendación también estableció la importancia de incorporar leyes eficaces.

En esta situación sorprende también que al incorporar el principio del interés superior de la infancia en la Constitución no se hubiera aprovechado para subsanar las limitaciones de los derechos de los niños en el mismo texto constitucional, lo que representa una contradicción que por un lado consagra dicho interés, pero por otro no reconoce los derechos de participación ni los derechos sociales de los NNA. De ello se concluye que no se evaluó la manera en que las NNA se verían afectados por las decisiones que tomaron y las políticas que adoptaron, como sucedió en el proyecto de ley mencionado, con lo que se incumplió la obligación dirigida también a los órganos legislativos de atender al interés superior del niño, como lo establece la Convención y el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General Número 5.

La representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia en México ha expresado que muchos de los desafíos que afectan gravemente las oportunidades de vida y desarrollo de los niños y niñas derivan de la vaguedad en el diseño institucional en la ley vigente (Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del año 2000) y refiere que el desafío actual consiste en aprovechar la oportunidad para emitir un nuevo ordenamiento capaz de concretar los mecanismos que permitan implementar un verdadero Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de la Infancia.

Sobre el proyecto de ley mencionado en *supra* líneas establece la necesidad de “plantear si dichas propuestas responden plenamente a los desafíos y oportunidades actuales, superando los vacíos de la ley vigente y resolviendo de fondo temas medulares necesarios para garantizar la efectiva protección de los derechos de la infancia”,⁶⁰ a la vez advierte que regir la política de la infancia desde la perspectiva de la asistencia social constituye una seria limitante para asegurar el enfoque integral e intersectorial de los derechos de NNA; además de que no asegurar avances sustantivos en el proceso de fortalecimiento normativo e institucional de la infancia significaría retroceder en la garantía de los derechos.

En este sentido, de aprobarse el proyecto actual, se habrían perdido años en el reconocimiento de los derechos de NNA y nos encontraríamos en el mismo

⁶⁰ Susana Sottoli, “Es necesario abrir a debate una nueva legislación de la infancia”, en *El Universal*, 16 de abril de 2012, en <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/2012/04/58049.php>

lugar señalado por el Comité, en el que a pesar de existir una normativa continuamente modificada, ésta no es eficaz.⁶¹ Éste pareciera ser el escenario cuando recién reconocido constitucionalmente el principio del interés superior de la infancia carece de los principios necesarios para interpretarlo, a parte de que no se aplica o se aplica mínimamente, dando lugar a proyectos de ley débiles e ineficaces.

Este asunto demuestra que la aplicación certera del principio del interés superior del niño implica observar detenidamente todos los ámbitos de posible desarrollo de sus derechos y actuar en consecuencia, tanto en función del interés, como del principio pro persona, y que es un principio que atañe a órganos legislativos, administrativos y judiciales. Sin ello, la realidad no dejaría de plantear avances y retrocesos continuos, ya que en el amplio espectro de nuestro orden jurídico son muchos los esfuerzos que desde distintos ámbitos se dan con el fin de proteger a NNA y cumplir sus derechos, pero estos programas no tendrán éxito si no se adoptan desde una perspectiva transversal, integral y en conjunto, pues cada esfuerzo realizado de manera aislada se topará tarde o temprano con una limitante proveniente de algún ámbito en que los derechos o políticas en favor de la infancia se previeron a medias.

Un ejemplo de los mejores esfuerzos realizados al respecto lo representa el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niños y adolescentes.⁶² Dicho instrumento parte de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, específicamente del cumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado es parte, así como de la obligación de aplicar el control de convencionalidad y la interpretación conforme, favoreciendo el principio pro persona.

En él se establece la necesidad de dar un trato diferenciado a niñas, niños y adolescentes en función de sus características cognitivas y emocionales específicas, a partir del cual los procedimientos judiciales se deberán de adecuar a sus necesidades, mediante el desarrollo de acciones especiales para lograr que comprendan el escenario en el que participan, se puedan expresar libremente y los impartidores de justicia comprendan sus expresiones,⁶³ lo que se adecua fielmente e incluso va más allá de las disposiciones de la Observación General Número 13 del Comité de los Derechos del Niño.

El Protocolo no solamente se ajusta a los parámetros internacionales de los derechos de los niños y a todos sus principios, sino que comprende un notabilísimo esfuerzo para dar el más digno de los tratos a NNA, apoyando las necesidades que puedan surgir en los procesos de administración de justicia en los que participen, procurando que la experiencia les cause el menor daño posible, adecuándose a su desarrollo cognitivo y emocional, de modo que su participación en dichos procedimientos sea cómoda, accesible y comprensible, reconociéndolos en todo momento como sujetos plenos de derechos y, por lo tanto, aceptando su capacidad jurídica y estableciendo las mediadas necesarias para protegerlos a ellos y proteger asimismo su privacidad, su intimidad y bienestar, bajo

⁶¹ Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, *supra* nota 46.

⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niños y adolescentes. México, Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.

⁶³ *Ibid.*, p. 3.

la adopción de disposiciones para la restitución de sus derechos; evitar su revictimización o, en su caso, tratarla; reparar los daños causados o implementar medidas de justicia restaurativa.

Políticas y programas como el anterior son sumamente valiosos y pueden resultar benéficos en muchos aspectos, pero pueden no tener o rendir todos los beneficios potenciales, si en otros ámbitos los derechos de los niños no se adoptan con la misma convicción o no se respetan todos sus principios fundamentales.

En este sentido, hace falta fortalecer muchos de los ámbitos relacionados con NNA, tomar en serio sus derechos, esto es, todos sus derechos y reconocerlos plenamente como titulares de los mismos. Es fundamental reconocer sus necesidades específicas y satisfacerlas, así como cumplir a cabalidad con sus derechos a la alimentación, educación, salud y sano esparcimiento.

Es indispensable poner atención a la devastadora situación de la infancia mexicana; existe muchísimo qué hacer en temas como la pobreza y la falta de oportunidades, el trabajo infantil, la explotación sexual comercial infantil y la trata, la violencia contra y entre NNA, la calidad de la educación y el acceso a la educación superior, y la situación de los llamados NINIS, entre otras cuestiones.

Sin abundar sobre estos temas, referimos algunos sólo como muestra de lo importante que es legislar adecuadamente en beneficio de los niños y su interés superior, así como cumplir cabalmente con las disposiciones legislativas y las reglas derivadas de la normativa internacional, pues el bienestar de NNA en el país se encuentra muy por debajo del observado en la mayoría de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), institución que ha referido la necesidad de fortalecer las políticas de la infancia para mejorar los resultados en pobreza, educación, salud y seguridad, ya que el gasto público en la infancia temprana y tardía, en relación con los ingresos del hogar, es inferior a la media de la OCDE. Específicamente, el bienestar material de los niños es muy inferior al promedio de la organización y poseemos la tasa más alta de niños que carecen de posesiones esenciales para una buena educación.⁶⁴

Por su parte, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe ha establecido que 15.8 millones de niñas y niños en México padecen de privaciones económicas de moderadas a graves y calcula en un 55 % la pobreza infantil.⁶⁵ De lo anterior se desprende la urgencia de tomar todas las acciones necesarias para garantizar los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes.

Para asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en el ámbito económico y social no es de mucha utilidad hacerlos titulares de medidas de asistencia, sino reconocer sus derechos económicos, sociales y culturales y aplicarlos, además de contemplar la adopción de políticas públicas integrales que los beneficien directa e indirectamente, como por ejemplo, asegurar que sus padres tengan trabajo en beneficio de su mejor interés⁶⁶ o fortalecer medidas que en diversos ámbitos tiendan a mejorar las condiciones y calidad de vida de las fa-

⁶⁴ OCDE, *Doing better for children. Mexico, country highlights*, 2009, en <http://oecd.org/dataoecd/21/25/4390178.pdf>

⁶⁵ CEPAL, *Pobreza infantil en América Latina y el Caribe*, CEPAL-UNICEF, 2010. En [http://www.unicef.org/lac/Libro-pobreza-infantil-America-Latina-2010\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Libro-pobreza-infantil-America-Latina-2010(1).pdf)

⁶⁶ R. Brian Howe y K. Covell, *op. cit.*, *supra* nota 48, p. 1086.

mias, como la mejora y accesibilidad de los sistemas de guardería, programas de salud más amplios e integrales y programas de alimentación escolar.

El interés superior del niño implica percibir los asuntos que atañen a NNA como primordiales y visualizar todas las consecuencias que puedan desprenderse, teniendo como fin su máximo desarrollo; para ello se deben adoptar medidas y políticas aplicadas de forma transversal en todos los rubros relacionados con ellos.

En nuestro país es sumamente común que se apruebe una reforma constitucional y la elaboración o aprobación de la ley reglamentaria exceda el tiempo previsto para su emisión. Lamentablemente es también muy común que con las mejores intenciones pero sin el compromiso, cuidado, comprensión y análisis adecuados se apruebe una ley de la cual la academia y la sociedad civil muestre sus deficiencias desde que es proyecto, aun así se apruebe y años más tarde tenga que reformularse la misma, o incluso, reformarse la Constitución para posteriormente emitir una nueva legislación.⁶⁷

Este tipo de actividades se vuelven especialmente delicadas y fundamentales ahora que la reforma constitucional en materia de derechos humanos ha tomado forma; es indispensable armonizar las disposiciones de nuestro marco jurídico en los tres niveles de gobierno, con el marco jurídico internacional, de modo que no se tenga una separación de regímenes, el nacional y el internacional derivado de los tratados de derechos humanos; de esta manera será más sencillo cumplir éstos y actuar de conformidad con la reforma.

Respecto del principio del interés superior del niño es fundamental que se aplique de manera acorde a la Convención. No basta con reconocer derechos generales en favor de NNA, éstos deben de ser precisos, aplicarse adecuadamente y ser eficaces en la práctica, tendiendo en cuenta todo aquello que pueda perjudicar o, en su caso, beneficiarlos; sólo así será posible cumplir con las obligaciones derivadas de los derechos humanos y con las obligaciones de justicia pendientes en beneficio de las niñas, los niños y los adolescentes en el país.

⁶⁷ Ejemplos al respecto son la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, entre otras.