Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

EL DERECHO A LA NO-DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE EDAD: NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES*

Mónica González Contró**

Sumario: I. *Introducción.* II. *Presupuestos teóricos.* III. *El problema de la autonomía.* IV. *La dignidad como fundamento del derecho a la no-discriminación.* V. *La perspectiva de necesidades básicas.* VI. *El derecho a la no-discriminación en la legislación.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. Introducción

El análisis del tema de la discriminación por motivos de edad, en especial cuando hablamos de niños y adolescentes, presenta cierto grado de complejidad, ya que no hay un acuerdo claro acerca de los comportamientos o actitudes que son discriminatorios por diversas razones que se irán exponiendo a lo largo de este trabajo. También es cierto que la idea misma de que los niños son titulares de derechos subjetivos —la cual está asociada indisolublemente con la posibilidad de identificar un trato como discriminatorio— es relativamente reciente, y todavía existen posturas teóricas que negarían esta afirmación. En consecuencia, se requiere una reflexión teórica que permita avanzar en la delimitación del concepto de discriminación para distinguir el trato diferenciado que es discriminatorio del que no lo es, en base a las características que diferencian a los niños y adolescentes de otros grupos vulnerables para, con estas herramientas, realizar un examen de la situación actual, incluyendo la legislación en esta materia.

* Una versión de este trabajo fue publicada en: Carlos de la Torre Martínez (coordinador) *Derecho a la no discriminación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 419-43.

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

II. Presupuestos Teóricos

Como presupuesto para hablar del derecho a la no-discriminación por razones de edad es necesario hacer una distinción importante, pues se puede estar haciendo referencia a dos tipos de situaciones diversas: la discriminación entre niños y la discriminación por ser niño. El primer supuesto nos remite a las distinciones que pueden hacerse entre niños debido a cualidades diferentes a la de ser menores de edad y en este sentido pueden equipararse las causas a las de otros grupos tradicionalmente discriminados por razón de género, raza, religión, etcétera. En estos casos el trato se extiende a los menores de edad que forman parte del grupo segregado aunque no tengan responsabilidad alguna en la elección de las causas que dieron origen a la discriminación. Esto significa, como es evidente, una doble victimización, pues a las circunstancias mencionadas se une la discriminación por ser niño. Este segundo tipo de diferenciación es la que se dirige propiamente a los niños, es decir, no comparte su origen con otros grupos, sino que se debe exclusivamente a la condición de ser menor de edad[1] y es la que será objeto de análisis en las páginas siguientes.

La discriminación por razones de edad tratándose de niños y adolescentes comparte algunos rasgos con otros grupos, pero se diferencia también en aspectos fundamentales. Al igual que en otros colectivos, deriva de una generalización que lleva a agravar las condiciones de los miembros de la clase, es decir, alcanza a diversos individuos a los cuales se atribuye una característica común, que en este caso es el de ser menor de edad. Así, quedan incluidas en una sola categoría personas en situaciones radicalmente distintas, como son niños, niñas y adolescentes, aunque se podría hablar también de distintas etapas de desarrollo, diversos contextos culturales, etcétera. En base a un criterio consensual que fija la mayoría de edad a los 18 años,[2] se construye una justificación —implícita o explícita— para dar

[1] Sin embargo, en muchas ocasiones se justifica otro tipo de tratos diferenciados equiparando las características de determinados individuos a las de los niños, tal es el caso, por ejemplo, de las personas que tienen algún tipo de discapacidad psíquica de los que metafóricamente se dice que nunca llegan a alcanzar la condición de adultos.

[2] Este criterio se utiliza tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 1), como en el ordenamiento mexicano al establecer como límite de la minoría de edad los 18 años en base a la adquisición de la ciudadanía. Sin embargo, hay que mencionar que en los últimos años se ha ido avanzando en una distinción básica: niño y adolescente. Tal es el caso de la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y las reformas al artículo 18 constitucional (2005) que se refiere al tratamiento de los adolescentes que han cometido alguna conducta tipificada como delito por la ley penal.

una trato diferente al del resto de los miembros de la sociedad, en este caso la comunidad de adultos. Tal agrupación es, en muchas ocasiones, acrítica y ni siquiera se cuestiona o se entra al debate sobre su justificación y se segrega a todos aquellos que cumplan con ese requisito excluyéndolos de ciertos derechos vinculados a las características de las que se supone carecen los miembros del grupo.

Pero en el caso de los niños la situación adquiere un cariz propio, que la distingue de otros tipos de discriminación y tiene como consecuencia que la forma de abordar su análisis deba ser sustancialmente distinta. Primero, es necesario considerar que el rasgo definitorio de la exclusión y por tanto la posible experiencia discriminatoria es común a todos los seres humanos, pues todo adulto ha sido niño, de tal suerte que sería posible afirmar que todo "discriminador" ha sido "discriminado" Esto tiene como consecuencia también, que el mayor de edad o quien tiene la facultad para instituir el tipo de tratamiento que ha de darse a los miembros del grupo de menores, tenga una firme convicción de que conoce la situación y puede interpretar la forma en que debe procederse desde la postura del niño. Este argumento, aunque bastante generalizado, es metodológicamente dudoso, pues el haber sido menores de edad no nos capacita automáticamente para interpretar la forma de ver el mundo de un niño, pues precisamente el ser adulto supone haber adquirido nuevas estructuras de pensamiento y de percepción de la realidad. Otro aspecto importante a considerar es que la circunstancia que da origen a la distinción es temporal, lo que repercute en varias formas, ya que en primer lugar imposibilita que se constituya un grupo permanente que trabaje en la construcción de su propio fundamento para el trato diferenciado (lo que en otros casos se traduce en una reivindicación de derechos), pero también genera la percepción relativamente difundida de que no resultaría tan grave la discriminación, pues en algún momento será superada y el individuo tendrá plenas facultades para decidir cómo quiere ser tratado. Estas características especiales hacen que abordar el tema resulte especialmente complejo, pues mina la gravedad que puede atribuirse a un trato que pudiera ser segregacionista e injustificado.

Sin embargo, aún queda un último rasgo que considerar en la reflexión sobre el tema que nos ocupa, y se vincula con la pertenencia del niño a la familia. Esta situación genera lo que se interpreta como un conflicto de derechos y se ve reflejada en algunas posturas contrarias a la atribución de la titularidad de derechos a los niños.[3] Aunque no es posible abordar a fondo

[3] Por ejemplo, hay dos importantes corrientes teóricas que se han opuesto a la titularidad de los derechos durante la minoría de edad con argumentos muy distintos: comunitaristas

esta cuestión, parece claro que, tradicionalmente se ha entendido como un derecho de los progenitores la protección y crianza de sus propios hijos y con ello un deber del Estado de no interferencia en esta esfera de inmunidad. Resulta así que, además de la posible discriminación en el reconocimiento de derechos de los niños, participan como actores los padres reclamando también sus propios derechos respecto de sus hijos.

El estudio del derecho específico a la no-discriminación en el caso de los niños resulta pues, complejo. Esta situación se ha visto reflejada en el debate en relación con el tema de los derechos de los niños en general, que se encuentra fuertemente contaminado por los problemas comentados, aunque no siempre de forma explícita. Tal es el caso de uno de los textos más relevantes sobre la materia escrito por Neil MacCormick, publicado en 1976 y titulado *Children Rights: A test-case for Theories of Right,*[4] aunque ciertamente el objetivo del autor no era proponer una teoría sobre los derechos de los niños, sino precisamente utilizarlos como ejemplo para descalificar la tesis voluntarista de los derechos. El argumento básico era el siguiente: de acuerdo con la teoría voluntarista, que sostiene que un derecho subjetivo necesariamente conlleva una facultad para exigirlo o renunciar a su cumplimiento, es imposible sostener la existencia de derechos de los niños, pues una de los atributos de este tipo de derechos es precisamente que el titular no está facultado para renunciar a su cumplimiento. Así, concluye MacCormick, la teoría de la voluntad es desechada por no poder justificar los derechos de los niños. A partir de este texto surgieron otras propuestas teóricas ya sea apoyando o rebatiendo esta postura, sin embargo, lo que el autor nunca aborda y en general ha estado ausente en el debate, es una premisa que se encuentra implícita en el razonamiento: que la voluntad del niño debe ser irrelevante en el ejercicio de sus derechos y por esta razón se justifica la imposición de derechos obligatorios a los que no puede renunciar. Y es este precisamente el punto medular del derecho a la no discriminación en el caso de los niños, que se traduce en la justificación de por qué es aceptable o no la premisa implícita. Esta idea, profundamente vinculada con la concepción de la infancia y la atribución de determinadas características que se refieren básicamente a la situación de dependencia y la falta de autonomía que ha

---

y voluntaristas. Los primeros, de forma muy genérica, sostienen que los derechos del niño están incluidos en los derechos del grupo social, en especial la familia. Los voluntaristas por su parte excluyen de la titularidad de derechos a los seres sin plena autonomía por ser incapaces para renunciar al ejercicio de los mismos.

[4] MacCormik, Neil, "Children Rights: a Test-Case for Theories of Right", *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1982.

constituido el cimiento para la construcción del sistema de derechos durante la minoría de edad, es común a los presupuestos de los cuales se partía para justificar la discriminación de ciertos grupos —por ejemplo las mujeres, los esclavos o los indígenas— y que finalmente han sido consideradas como carentes de fundamento al demostrarse que la atribución de estos rasgos era un artificio de los grupos dominantes para explicar la represión. Sin intentar anticipar ninguna conclusión, creo que la historia puede alertarnos para, por lo menos, ser extremadamente cuidadosos al construir discursos sobre los derechos del niño, aunque al parecer aún no resulta tan obvio para un amplio sector de la sociedad, incluidos muchos especialistas en la materia. Por esta razón, a continuación me permito sugerir algunos criterios o lineamientos, sin la pretensión de que éstos sean definitivos y subrayando la necesidad de mantener un diálogo abierto que considere las aportaciones de las disciplinas encargadas del estudio de esta etapa de la vida humana, así como a los miembros de la clase a la cual se ha dado un trato diferente.

Por otra parte, es necesario señalar que existe una intuición de que los niños deben recibir un trato distinto al de los adultos, debido a las características de los seres humanos en los primeros años de la vida. Esta percepción tiene su origen en condiciones reales, pues efectivamente la primera etapa de la vida humana se caracteriza por el desarrollo y como consecuencia la existencia de ciertas necesidades especiales. Sin embargo, se requiere acercarse críticamente a las percepciones sociales de lo que significa ser niño para distinguir las capacidades y atributos auténticos de los construidos socialmente, sobre todo porque los niños no tienen facultades para participar directamente en las decisiones colectivas, de modo que el diseño de sus derechos proviene necesariamente de individuos ajenos a su grupo y que interpretan sus necesidades. Así, resulta fundamental realizar un análisis minucioso para determinar si la forma de tratar a los niños es discriminación o tratamiento diferenciado. Para ello, es necesario delimitar también de qué estamos hablando exactamente con el término "discriminación" y contra lo que existe un derecho humano.

Resulta entonces, como pone de manifiesto el caso de los niños, que no todo trato diferenciado es discriminatorio y viceversa, pues cuando existen propiedades relevantes que deberían actuar como fundamento para el tratamiento de un grupo de individuos sería reprochable —discriminatorio— tratarlos de igual forma, ¿cuál es entonces el criterio para distinguir estos tipos de situaciones? Parece que una aportación interesante es el concepto de Norberto Bobbio que sitúa la fundamentación en el valor que se deduce de las diferencias:

> A la discriminación se llega con un proceso mental que, extremadamente simplificado, puede ser resumido de este modo:
>
> Se constata que existen diferencias de hecho entre los individuos pertenecientes al grupo A y los pertenecientes al grupo B;
> Se consideran esas diferencias de hecho como reveladoras de diferencias de valor, de donde se deduce que el grupo A es superior al grupo B;
> Se atribuye al grupo superior, en razón de su superioridad (…), el poder de oprimir al grupo B[5]

Así, resulta que lo que importa no son las diferencias —que indudablemente existen, no sólo en el caso de los niños— sino que éstas sean reveladoras de superioridad. El tratamiento diferenciado no supone la preeminencia de un grupo sobre otro, ni mucho menos su opresión, se refiere únicamente a la necesidad o conveniencia de establecer consecuencias normativas distintas atendiendo a rasgos relevantes, pero sin hacer un juicio sobre el valor de los grupos poseedores de los atributos con base en los cuales se marcan las distinciones. Esto abre una nueva perspectiva sobre los derechos y el tratamiento debido durante la etapa conocida como infancia, aunque es necesario identificar en dónde se sitúa precisamente la justificación para tratar de forma distinta a los miembros de esta clase, para lo cual es necesario analizar varios aspectos problemáticos, partiendo además que el mismo concepto de niño es un constructo social y así lo demuestra su reciente aparición histórica.[6]

III. El Problema de la Autonomía

Tal como se había mencionado, uno de los aspectos más problemáticos en relación con el trato debido a los niños se relaciona con el concepto de autonomía. Resulta evidente que durante los primeros años de la vida el ser humano experimenta una dependencia en diversas áreas, de hecho, esta situación es una característica de las especies más evolucionadas, producto de un nacimiento prematuro derivado del tamaño del cerebro que tiene como

---

[5] Bobbio, Norberto, El tiempo de los derechos, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp. 48-49.

[6] En efecto, el concepto de niño, según la opinión de diversos especialistas en el tema, no surge tal como lo entendemos actualmente sino hasta el siglo XVI en que se comienza a representar pictóricamente a la infancia con las características fisiológicas propias de esta etapa y con un traje especial, distinto del atuendo adulto.

resultado que los individuos necesiten durante un período de los miembros adultos de su comunidad.[7] Sin embargo, no parece tan claro, en primer lugar, la duración del periodo en que se asume que el individuo es dependiente ni las áreas en las que se presenta esta situación. En este sentido, se requiere definir lo que entendemos como autonomía para posteriormente evaluar qué tanto se justifica la exclusión del poder de decisión en el ejercicio de los derechos en el caso de los niños y adolescentes.

Ciertamente la definición del concepto mismo de autonomía es problemático —y parte de este conflicto permea la discusión sobre los derechos del niño— sin embargo, creo que la definición normativa propuesta por Carlos S. Nino reúne los elementos esenciales de lo que razonablemente podríamos vincular a este concepto:

> Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de esos ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.[8]

La autonomía, tal como la describe Nino, parte de atribuir un valor a la elección individual de la propia forma de vida, de los ideales de la virtud y excelencia, de forma que la función del Estado consiste en garantizar las circunstancias para que cada individuo pueda realizar sus decisiones sin interferencias, absteniéndose él mismo de intervenir. Sin embargo, ¿qué sucede o cómo aplica ésto en el caso de los niños? Parecería evidente que éstos no pueden hacer ejercicio de su libertad, pues generalmente se asume que es precisamente esta incapacidad para ser autosuficientes el fundamento para la minoría de edad que se traduce en la sujeción a la patria

---

[7] En las especies más alejadas de la humana este lapso de dependencia es más breve ya que las crías nacen prácticamente con todas las conductas que les serán indispensables para la vida adulta y el aprendizaje necesario es mínimo; por ejemplo, los pollos a las pocas horas de haber salido del cascarón picotean y seleccionan sus alimentos y el salmón al llegar el momento de la reproducción regresa al lugar donde nació, pone los huevos y muere. Por el contrario, los animales más parecidos al hombre tienen también lo que podríamos identificar como una infancia larga y dependen fuertemente de los adultos de su grupo para sobrevivir y aprender. *Cfr.* Delval, Juan, *El desarrollo humano*, 4ª edición, Madrid, Siglo XXI, 1999, pp. 13-15.

[8] *Cfr.* Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación,* Barcelona, Ariel, 1989, pp. 204-205.

potestad, así como en la incapacidad normativa para realizar actos jurídicos, es decir, en la idea de incompetencia. Sin embargo, habría que detenerse un poco más para analizar el por qué de esta afirmación que para muchos parece indiscutible y que constituye la base para la creación de ciertas instituciones jurídicas, entre ellas la noción misma de competencia, que tiene un contenido normativo.

Ernesto Garzón Valdés define la competencia como la "capacidad para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta"[9] y describe varios supuestos en los que cualquier individuo puede ser incompetente.[10] Para Garzón, quien se encuentra en una posición de carencia de competencia básica tiene un déficit con respecto a la generalidad y por tanto está en una situación de desigualdad negativa, de tal manera que se precisa de la intervención del Estado para compensar esta desigualdad.[11] El niño es considerado incompetente básico debido a que, según el autor, su vulnerabilidad es absoluta, pues no puede

---

[9] *Cfr.* Garzón Valdés, Ernesto, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 371.

[10] "Alguien es incompetente:

a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill);

b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (en el caso de Ulises, el de los alcohólicos o drogadictos que menciona el §114 del Código Civil Alemán, o el de la debilidad de voluntad, del que hablaba Hume);

c) cuando sus facultades mentales están temporaria o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales);

d) cuando actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o bajo amenazas);

e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La incoherencia que resulta de querer X, saber que Y es condición necesaria para lograr X, disponer de Y, no tener nada que objetar contra Y no utilizarlo, es un síntoma claro de irracionalidad (G. Dworkin 1983ª, 30). Ello permite incluir a la persona en cuestión en la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas".

[11] *Cfr.* Garzón Valdés, Ernesto, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 371-372.

medir el alcance de muchas de sus acciones ni satisfacer sus necesidades elementales, aunque concede que es superable con el transcurso del tiempo, y que la transformación del niño en capaz básico o incapaz relativo depende en buena medida de la forma en que haya sido atendido durante esta etapa.[12]

La forma en que se entendió durante mucho tiempo que debía subsanarse la incompetencia fue mediante la sujeción a la patria potestad, es decir, reconociendo a los padres un derecho para tomar las decisiones a nombre de sus hijos menores de edad. Esta idea ha cambiado en los últimos años, y ahora se entendería que el Estado tiene una obligación para atender a la incompetencia de los menores precisamente mediante las atribución de derechos-obligatorios, es decir, derechos de los cuales se ha retirado la facultad para renunciar al ejercicio. El paternalismo es así un mecanismo para compensar la situación de desigualdad negativa mediante la intervención del Estado (ej. Derechos obligatorios, políticas públicas). Esta desigualdad no se manifiesta sólo en el presente, sino que se proyecta hacia el futuro. Esto supone nuevamente un riesgo para el derecho a la no discriminación, pues aunque se reconocen derechos a los niños, éstos difieren sustancialmente de la forma en que se entienden los derechos adultos, y pueden convertirse en un instrumento para la imposición de bienes o ideales de vida con el argumento de que se trata de beneficiar al titular que es un incompetente básico y que por tanto es incapaz para hacer elecciones propias.

Como ya se había dicho, el concepto de autonomía pone de manifiesto también el riesgo de encerrar a todos los menores de edad en un mismo grupo, pues es claro —desde mi punto de vista— que la incapacidad de un niño de dos años es radicalmente distinta a la del adolescente de quince. Empero, pocas son las normas jurídicas que dan cuenta de esta diferencia, atribuyendo a medida que el individuo evoluciona distintas capacidades.

Por otra parte, los estudios de la psicología evolutiva —disciplina encargada de investigar el desarrollo— han brindado una nueva perspectiva sobre la autonomía y por ende la competencia en los niños. Según los especialistas, la autonomía es una capacidad presente desde los primeros días de la vida, y se va desarrollando de forma gradual.[13] El ser humano comienza a

---

[12] Garzón Valdés, Ernesto, "Desde la «modesta propuesta» de J. Swift hasta las «casas de engorde». Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños" en *Doxa* 15-16 vol. II, Universidad de Alicante, 1994, p. 737-738.

[13] Algunos autores que tratan el tema del desarrollo infantil, en especial desde la perspectiva de la autonomía son: Craig, Grace J., *Desarrollo psicológico*, 8ª edición, México, D.F., Pearson Educación de México, 2001; Delval, Juan, *El desarrollo humano*, 4ª edición, Madrid, Siglo XXI, 1999; Ochaíta, Esperanza y Espinosa, Ma. Ángeles, *Hacia una teoría*

muy temprana edad a buscar influir sobre su entorno y a realizar acciones con un fin concreto. Por ejemplo, la sonrisa social de un bebé constituye un buen medio de comunicación y muy pronto el niño aprende las reacciones que producirá a su alrededor y busca esta respuesta. Lo mismo sucede con otras conductas como el llanto, los balbuceos, etcétera. Estas habilidades se van desarrollando rápidamente, alcanzando el individuo cada vez mayores niveles de autonomía. Ciertamente esto no elimina la situación de vulnerabilidad, pero aporta elementos para descartar o por lo menos poner en duda la noción de falta absoluta de autonomía.

De acuerdo con esta visión, el ejercicio de esta capacidad debe irse respetando, es decir, eliminando interferencias conforme se van adquiriendo nuevas habilidades. El niño debe ir teniendo la facultad para hacer las elecciones de las que es capaz y que no impliquen un riesgo para su desarrollo. Esto se traduce por ejemplo en que en preescolar el niño puede elegir libremente a qué quiere jugar o con qué amigos quiere hacerlo. Otro trato sería discriminatorio, pues se estaría atribuyendo un valor superior al sujeto que pretende imponer la actividad. No podemos dejar de lado, sin embargo, que en muchas ocasiones la situación de vulnerabilidad es real y que están justificados tanto la imposición de derechos-deberes por parte del Estado y la tutela y decisión de los padres de lo que es mejor para sus hijos, ¿cómo encontrar entonces los límites para determinar cuándo están justificada estas intervenciones y cuándo carecen de fundamento? La propuesta es utilizar el concepto de dignidad humana para delimitar los supuestos de intervención justificada y el trato discriminatorio por la atribución de una incompetencia carente de base.

IV. La dignidad como fundamento del derecho a la no-discriminación

La Declaración Universal de los derechos humanos señala en su artículo 1 que: *"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*. Esta formulación implica un reconocimiento de la dignidad del ser humano por lo menos desde el momento del nacimiento, aunque es evidente que esto no se traduce en la adjudicación de los mismos derechos, pues por ejemplo los niños no son titulares del derecho a trabajar o a contraer matrimonio

---

de las necesidades infantiles y adolescentes: Necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, Madrid, Mc Graw-Hill-UNICEF, 2004.

que reconoce el mismo instrumento. Esta exclusión sólo puede estar justificada si tiene como base la protección de la dignidad del niño y por tanto la promoción y tutela de su bienestar.

La idea de dignidad está, como pone de manifiesto el texto de la Declaración, íntimamente vinculada a la noción de igualdad, y en consecuencia constituye un criterio fundamental para el derecho a la no-discriminación, en otras palabras, sirve para determinar cuándo se justifica un tratamiento diferenciado y cómo debe ser éste en atención a la dignidad que compartimos los seres humanos. El principio de dignidad reconoce un valor en la propia persona o en la persona de cualquier otro y en base a ello establece la proscripción de imponer sacrificios que no redunden en beneficio del propio individuo:

> que siendo valiosa la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio.[14]

El reconocimiento de la dignidad del hombre es contrario a la visión utilitarista que justificaría el sacrificio de alguno o algunos en beneficio de la mayoría, ya que esto supondría reconocer menos valor a un ser humano y utilizarlo como un medio para el bienestar o beneficio de otros, lo que evidentemente sería institucionalizar la desigualdad en base a considerar que algunos individuos —o incluso algunos planes de vida— tienen mayor valor moral que otros. El problema en el caso de los niños, es precisamente determinar o dotar de contenido al concepto "sacrificios o privaciones" y sobre todo a la idea de "beneficio" ya que la prohibición derivada del principio prohíbe únicamente la imposición de sacrificios o privaciones en los casos en que "no redunden en su propio beneficio".

V. La perspectiva de necesidades básicas

Parece que una perspectiva teórica que puede ser de mucha utilidad para resolver el problema planteado, es decir, determinar los casos en que está justificado imponer un sacrificio al titular porque esto redundará en su propio beneficio, es la que se sustenta en las necesidades básicas. Esto

---

[14] *Cfr.* Vázquez, Rodolfo, *Educación Liberal: Un Enfoque Igualitario y Democrático*, México, D.F., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 56, Distribuciones Fontamara, 1999, p. 43.

es especialmente importante en el caso de los niños debido a la situación de incompetencia —fáctica y jurídica— en la que se encuentran, ya que no pueden decidir autónomamente qué tipo de acciones desean permitir o cómo interpretar su beneficio. Esto se relaciona con la justificación para la imposición de derechos-deberes; por ejemplo, es claro que el niño no puede dejar de ingerir los nutrientes básicos que requiere, aunque probablemente los alimentos que los contengan no sean los que más le agradan. Se justifica entonces la atribución de un derecho al padre para imponer a su hijo la ingesta de este tipo de comida, ya que el niño no alcanza a comprender las graves repercusiones que podría tener para su desarrollo la conducta contraria. Estamos ante un caso en que es legítimo imponer algo que el titular puede percibir como "sacrificio" —a qué niño le gusta comer espinacas en lugar de dulces— pues esto redundará en su beneficio. Al mismo tiempo, la perspectiva de necesidades básicas establece la autonomía como una necesidad del desarrollo, de tal suerte que un trato no discriminatorio debe reconocer el derecho al ejercicio de éstas de acuerdo con las capacidades de cada momento del crecimiento del ser humano.

Esperanza Ochaíta y Ma. Ángeles Espinosa han elaborado una propuesta de necesidades básicas de los niños a partir de los datos aportados por la psicología evolutiva que permite establecer criterios objetivos para dotar de contenido a esta idea. Las autoras consideran que existen dos necesidades básicas: salud física y autonomía[15] que son universales, y de las cuales derivan una serie de necesidades intermedias que constituyen los mínimos para que cualquier niño pueda vivir dignamente y crecer de forma adecuada.

SALUD FÍSICA	AUTONOMÍA
Alimentación adecuada Vivienda adecuada Vestidos e higiene adecuados Atención sanitaria Sueño y descanso Espacio exterior adecuado Ejercicio físico Protección de riesgos físicos	Participación activa y normas estables Vinculación afectiva primaria Interacción con adultos Interacción con iguales Educación formal Educación no formal Juego y tiempo de ocio Protección de riesgos psicológicos
◆ Necesidades sexuales	

[15] La clasificación de las necesidades básicas en salud física y autonomía es originario de Doyal y Gough (Doyal, Len y Gough, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Barcelona, Icaria/FUHEM, 1994). Las autoras adaptan el tipo de necesidades intermedias a la etapa infantil.

La perspectiva de necesidades permite así tener un fundamento objetivo para la construcción del sistema de derechos del niño que constituya el criterio para el tratamiento diferenciado y por tanto para garantizar que no sea un trato discriminatorio. En otras palabras, los derechos que tienen como contenido uno de los satisfactores básicos pueden ser impuestos al titular a través de un deber aún en contra de la voluntad del mismo, sin que esto constituya un trato discriminatorio. Así por ejemplo, está justificada la obligación del niño de ir a la escuela aunque no lo desee, pues el derecho a la educación está vinculado con la satisfacción de una necesidad fundamental y además es un factor para garantizar la igualdad, lo mismo sucede tratándose del derecho a la salud y la aplicación de vacunas, el derecho a la alimentación, etcétera.

Es claro, sin embargo, que a pesar de que la perspectiva de necesidades nos brinda una herramienta valiosa en el diseño y ejecución de los derechos de los niños y por tanto ayuda a trazar los límites entre lo que sería un trato diferenciado y discriminación, hay que tener en consideración que la participación activa es uno de los derechos vinculados directamente con la necesidad de autonomía y supone la libertad para expresar sus opiniones y que estas sean tomadas en cuenta y sobre todo la facultad para ir tomando las decisiones de las que sea capaz en cada etapa del desarrollo. Esto se vuelve especialmente importante considerando que el niño no tiene capacidad para participar activamente en el procedimiento democrático y para decidir sobre las medidas para garantizar un trato equitativo. Esto nos lleva también a la necesidad de mantener un discurso abierto en relación con el tema de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, estar en constante reflexión sobre lo que puede significar la discriminación, pues a pesar de que parecen existir algunos acuerdos, la experiencia de la historia nos indica que el consenso no es garantía de igualdad de derechos; pensemos en el aparente acuerdo social prevaleciente durante muchos años respecto de la inconveniencia de reconocer el derecho al voto en las mujeres o la profunda convicción de que el color de la piel determinaba el status jurídico de las personas como esclavos o ciudadanos. Es necesario mantener abierto el discurso, sobre todo dando cabida a las expresiones y opiniones de los actores afectados: niños, niñas y adolescentes, con la disposición también de ir avanzando en el reconocimiento de autonomía y derechos, de acuerdo con las capacidades que van surgiendo a lo largo del desarrollo.

VI. El derecho a la no-discriminación en la legislación mexicana

El derecho del niño a la no discriminación es reconocido tanto en la legislación internacional como nacional, aunque como se ha dicho a lo largo de este texto, es necesario acotar exactamente a qué se está haciendo referencia cuando se habla del mismo durante la minoría de edad del ser humano. En México, pese a que la misma Constitución reconoce la igualdad a través de —entre otras leyes— la prohibición de la discriminación por razones de edad en el artículo 1, es claro que los menores de edad no son tratados iguales en la legislación, comenzando porque están excluidos de los derechos relacionados con la ciudadanía que otorga la misma Constitución y tienen limitaciones importantes en el ejercicio de las garantías individuales del Capítulo I del Título I de este ordenamiento. Sin embargo, este reconocimiento es la base para sostener que hablamos entonces de un tratamiento diferenciado justificado en el mismo derecho a la no discriminación, o lo que es lo mismo, las normas especiales dirigidas a los menores de edad tienen como finalidad y justificación la igualdad entre quienes por razones de la edad se encuentran en una situación especial respecto al resto de los individuos.

Sobre esta misma base, a nivel internacional se aprobó en 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagra también como uno de sus principios fundantes el derecho la no-discriminación en el artículo 2. Este instrumento, al haber sido ratificado por México es, de acuerdo con el artículo 133, ley suprema de la nación y de acuerdo con la tesis de la Suprema Corte tiene un rango superior a las leyes federales e inferior a la Constitución.[16]

> Artículo 2.
> 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físi-

[16] TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, X, Noviembre de 1999, Página: 46, Tesis: P. LXXVII/99, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

cos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Como se advierte en la redacción del artículo, el derecho a la no-discriminación que deriva de la Convención hace referencia especialmente a la discriminación entre niños, es decir, por condiciones diversas a la edad como pueden ser la raza, religión, opinión, etcétera, abarcando también esta protección a circunstancias de los padres. En el ámbito federal, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes contempla en el artículo 3 la prohibición de los dos tipos de discriminación como uno de los principios rectores de la protección de los niños: por ser niño (por razones de edad) y por causas diversas:

Artículo 3. Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:
B. El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
C. El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma, lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.

Es claro que, en la mayoría de los casos, la legislación vigente confunde los dos planos de discriminación de los que se hablaba al inicio de este texto: entre niños y por ser niños, y que en muchas ocasiones se limita a reconocer la primera pese a que ésta se encuentra contemplada en otras leyes generales. Ciertamente es posible presumir que, aunque se supone que el niño está protegido por otras normas de la discriminación por otras causas, era necesario reafirmar este derecho por tratarse de una población vulnerable. Sin embargo, la protección en contra del segundo tipo de discriminación parece no ser tan explícita, ya que aunque aparece en algunas leyes, no basta con una declaración de intenciones sino que se requiere definir qué significa en concreto este derecho; para ello es necesario realizar un intenso trabajo de justificación sobre las razones por las que los niños y adolescentes requieren de un trato distinto en cada uno de los aspectos. Mucho se ha avanzado en la legislación, comenzando por la distinción entre niñas, niños y adolescentes,

aunque es necesario seguir trabajando en la inclusión de la opinión de los niños en el diseño y ejercicio de sus derechos.

VII. Conclusiones

El derecho a la no-discriminación por motivos de edad, cuando se pretende vincular a la infancia no es, desde luego, un tema sencillo. Se requiere retomar el debate sobre las competencias y habilidades atribuidas a los niños y brindarles nuevos espacios de participación. Pero sobre todo demanda —como en todos los casos de discriminación que afortunadamente están en vías de superación— atreverse a poner en tela de juicio los paradigmas de los cuales se ha partido tradicionalmente para dar un trato diferenciado. Para ello es necesario el fomentar una discusión sobre el tema, que someta a minuciosa revisión las ideas que se han utilizado como presupuesto, pero sobre todo resulta indispensable un diálogo que incorpore a los miembros del grupo y les permita expresar sus puntos de vista sobre los distintos temas que les afectan. Sólo de esta manera será viable la posibilidad de garantizar que el trato dado a cada uno de los miembros de la sociedad humana sea igualitario y acorde con el reconocimiento de su dignidad como personas.

VIII. Bibliografía

Alston, Philip, Parker Stephen y Seymour John (eds.) *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Añon Roig, María José, *Necesidades y derechos: Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.

Delval, Juan, *El desarrollo humano*, 4ª edición, Madrid, Siglo XXI, 1999.

Doyal, Len y Gough, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Barcelona, Icaria/FUHEM, 1994.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Gran Bretaña, Duckworth, 1987.

Fanlo Cortés, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: Una contribución teórica*, México, D.F., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política núm. 90, Distribuciones Fontamara, 2004.

García Méndez, Emilio, *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia,* México, D.F., Doctrina Jurídica Contemporánea núm. 7, Distribuciones Fontamara, 1999.

Garzón Valdés, Ernesto, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 361-378

_____ "Desde la «modesta propuesta» de J. Swift hasta las «casas de engorde»". Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños" *Doxa,* Universidad de Alicante, 1994, 15-16 vol. II.

Craig, Grace J., *Desarrollo psicológico*, 8ª edición, México, D.F., Pearson Educación de México, 2001.

Hierro, Liborio L., "¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño", *Revista de Educación,* enero-abril 1991, núm. 294, pp. 221-233.

Maccormik, Neil, "Children Rights: a Test-Case for Theories of Right", en *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, University Press, 1982.

Moerman, Joseph, "Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias" en Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (ed.) La *Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca, 1996.

Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.

Ochaíta, Esperanza y Espinosa, Ma. Angeles, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: Necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño*, Madrid, Mc Graw-Hill-UNICEF, 2004.

Salado Osuna, Ana, "La Convención sobre los Derechos del Niño. Las obligaciones asumidas por los Estados partes" en Calvo García, Manuel y Fernández Sola, Natividad (coord.) *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Primeras jornadas sobre Derechos humanos y libertades fundamentales*, España, Mira Editores, 2000 pp. 19-60

Vázquez, Rodolfo, *Educación Liberal: Un Enfoque Igualitario y Democrático*, México, D.F., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 56, Distribuciones Fontamara, 1999.

Tamés Peña, Beatriz (comp.), *Los Derechos del Niño. Un compendio de Instrumentos Internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995.