

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DERECHOS HUMANOS DE NIÑAS, NIÑOS Y
ADOLESCENTES.
EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

SUSTENTA:
DIANA MORA LÓPEZ

DIRECTORA DE TESIS
DRA. MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ

CIUDAD UNIVERSITARIA, 2015



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

OFICIO NO. SFD/19/VI/2015

ASUNTO: Aprobación de tesis

DR. ISIDRO AVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E

Distinguido Señor Director:

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho, elaborada en este seminario por la pasante en Derecho, **Diana Mora López**, con número de cuenta 305502766, bajo la dirección de la Dra. Mónica González Contró denominada "**Derechos humanos de niñas, niños y adolescentes: El principio del interés superior del niño**", satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D. F., a 5 de junio de 2015


DRA. SOCORRO APREZA SALGADO
DIRECTORA

SAS*

DEDICATORIAS

A mi madre Ruth, mi padre Antonio y mi hermano Othoniel por su plena confianza en mí, su apoyo incondicional, por acompañarme en cada paso de mi formación profesional, por inspirarme a ser siempre mejor persona con la admiración que les guardo.

A Débora por ser mi prima, mi hermana, mi cómplice, mi mejor compañera. A mi familia en general, especialmente a Isaac, Michelle, Ángel, Daniel, Iker y Jimena, porque quiero que sepan que el esfuerzo siempre tiene recompensas y beneficios en la vida. Que nunca dejen de luchar por alcanzar sus metas.

A Gigio e Isela, por ser el mejor ejemplo de la congruencia entre la vida profesional y la vida personal, por impulsarme y cuestionarme.

A Efecto Gaia con sus gaios y gaias, porque para cambiar al mundo, ustedes y yo somos suficientes. Por hacer mi sueño realidad a cada instante e incentivarme a continuar creciendo en todos los ámbitos de mi vida.

A la Guardería (Amalia, Bárbara, Daniel, Roberto, Ricardo, Rebeca y Sofía), porque mi pasión por los derechos humanos está sostenida por grandes defensores y defensoras como ustedes.

A Mónica González y Ricardo Ortega que además de ser excelentes jefa y jefe, me inspiraron el amor por los derechos humanos, especialmente de los niños, niñas y adolescentes.

A Regina, Montse L., Montse Rovalo, Alan, Jessica y quienes acompañaron de cerca mi vida universitaria y forjamos grandes lazos de amistad.

A Paola, Domingo y mis amigos y amigas del Madrid, porque han sido parte fundamental de la historia de mi vida, a quienes admiro personal y profesionalmente.

Por último, a mi Universidad, mi Facultad y todos los y las profesoras (especialmente Guillermo Estrada, Socorro Apreza, Pedro Salazar y Lorenzo Córdova) que me dotaron de herramientas para desarrollarme profesionalmente, elegir mi camino y fomentar en mi valores para luchar por una mejor sociedad.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO PRIMERO MARCO CONCEPTUAL E HISTÓRICO	11
1. <i>Derechos humanos</i>	12
1.1. CONCEPTO	12
1.2. EXIGENCIAS MORALES	19
1.3. DIFERENCIA ENTRE DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS INDIVIDUALES.	21
1.4. DERECHO SUBJETIVO	25
2. <i>Evolución de los Derechos Humanos</i>	29
2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	29
2.2. PROCESO DE ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	35
3. <i>Derechos de las niñas, niños y adolescentes</i>	37
3.1. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	38
3.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE LOS AMPARAN	41
4. <i>Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño</i>	46
4.1. NO DISCRIMINACIÓN	47
4.2. DERECHO A LA VIDA, SUPERVIVENCIA Y DESARROLLO DEL NIÑO	49
4.3. RESPECTO POR LOS PUNTOS DE VISTA DEL NIÑO	51
4.4. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	52
CAPÍTULO SEGUNDO MARCO TEÓRICO JURÍDICO	59
1. <i>Fundamentación teórica de los Derechos Humanos.</i>	60
1.1. IUSNATURALISMO.	61
1.2. IUSPOSITIVISMO.	69
1.3. CONSTRUCTIVISMO.	74
2. <i>Teorías clásicas sobre la identidad de derechos humanos.</i>	83
2.1. TEORÍAS DE LA VOLUNTAD Y EL INTERÉS	83
2.2. IMPLICACIONES EN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS	86
3. <i>Sustento Jurídico</i>	89
3.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	89
3.2. CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS	90

3.3. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.	90
3.4. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	91
3.5. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	92
CAPÍTULO TERCERO EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA NIÑA	95
1. <i>Principios y Reglas</i>	96
1.1. REGLAS JURÍDICAS	98
1.1.1. Función, estructura y aplicación	98
1.1.2. Resolución de conflictos	100
1.2. PRINCIPIOS JURÍDICOS	101
1.2.1. Función y aplicación.	101
2. <i>El Principio del Interés Superior del Niño.</i>	106
2.1. EL PRINCIPIO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	110
2.1.1. Contexto en el que se establece.	110
2.1.2. Nivel de protección del principio.	112
2.2. INCLUSIÓN DEL PRINCIPIO EN ORDENAMIENTOS NACIONALES.	114
2.2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	114
2.2.2. Código Civil Federal.	116
2.2.3. LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	119
2.3. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO.	122
2.4. PAUTAS JURÍDICAS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO.	124
2.4.1. A nivel internacional: Observación General no. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.	124
2.4.2. A nivel nacional: Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niños, niñas y adolescentes.	127
CAPÍTULO CUARTO AUTONOMÍA PROGRESIVA Y PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, UN VÍNCULO INDISOCIABLE	132
<i>Autonomía progresiva, una condición inherente a niños y niñas en una perspectiva de derechos.</i>	132
1.1. CARACTERÍSTICAS BIOLÓGICO-COGNITIVAS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	132
1.2. AUTONOMÍA PROGRESIVA COMO CONDICIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS	139
1.3. AUTONOMÍA PROGRESIVA COMO PRINCIPIO	141
1.4. AUTONOMÍA PROGRESIVA COMO REGLA	146
1.5. EL DERECHO DE NIÑOS Y NIÑAS RESPECTO A LA AUTONOMÍA PROGRESIVA	148
1.6. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES TITULARES DE DERECHOS HUMANOS.	149

2. <i>La autonomía progresiva garantía de una aplicación eficaz del Principio del Interés Superior del Niño.</i>	151
3. <i>Protección eficaz del interés superior del niño en la legislación interna.</i>	155
3.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS.	158
3.2. ESTADO ACTUAL DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN A LA AUTONOMÍA PROGRESIVA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA NIÑA.	161
3.2.1. Categorías cerradas	161
3.3. PROPUESTA DE INCLUSIÓN DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y RECONCEPTUALIZACIÓN DE CATEGORÍAS CERRADAS.	169
CONCLUSIONES	174
FUENTES	178

INTRODUCCIÓN

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes forman parte del proceso llamado “especificación de los derechos humanos”, por medio del cual se busca dar protección a aquellos sectores de la población que por sus características distintivas no se encuentran protegidos por los instrumentos generales de derechos humanos. En el caso de la infancia, por las características específicas con las que cuentan las personas en esa etapa de la vida, se han reconocido derechos especiales que sólo podrían aplicar a este sector poblacional.

Con el desarrollo y evolución de la teoría de los derechos humanos, en la Convención de los Derechos del Niño (1989) se han reconocido a los niños, niñas y adolescentes un catálogo de derechos que anteriormente sólo se reconocían a aquellas personas que cumplieran con la mayoría de edad, y otros tantos que se contemplaban como obligaciones o deberes de los padres, del Estado o bien de la sociedad en general, pero no como derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lo anterior debido a que las personas en condición de infancia en el plano jurídico eran considerados “objeto de protección” y no “sujeto de derechos”, esta última acepción es la que muestra la Convención.

Por otro lado, la Convención introdujo como ejes de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ciertos principios, con base en los cuales se deben resolver los conflictos entre derechos o normas que lleguen a existir, en relación al mismo ordenamiento. Entre los principios eje se encuentra el principio del Interés Superior del Niño¹, el cual busca que en toda decisión del Estado (en sus órganos judicial, ejecutivo o legislativo), así como en cualquier política pública y sociedad civil (instancias a cargo del cuidado de niños y niñas, y padres o tutores) se vele por el interés superior del niño, buscando proteger su esfera de

¹ Atendiendo a una perspectiva de género e inclusiva, lo correcto sería referirme al principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente. Sin embargo, a lo largo de la tesis me refiero a él como “interés superior del niño” como es nombrado en la Convención sobre los Derechos del Niño con la advertencia de que cada vez que haga referencia al mismo, me referiré al interés que debe primar para niños, niñas o adolescentes.

derechos, sin afectar ninguno de ellos, de forma que más convenga a los mismos.

Sin embargo, existe un conflicto teórico respecto al carácter de “sujeto de derechos” de los niños, niñas y adolescentes, que por la falta de madurez para actuar o tomar decisiones respecto a esos derechos de los cuales son titulares, o incluso de tomar decisiones que por su misma inmadurez, vayan en contra de sus propios derechos. Este conflicto teórico se ve manifestado en la aplicación del principio rector del interés superior del niño, pues en muchas ocasiones es aplicado en detrimento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tanto en políticas públicas, como en sentencias particulares. La falta de comprensión de la autonomía progresiva como un principio que rige en el desarrollo natural de las niñas, niños y adolescentes es una de las causales del problema descrito.

Por todo lo anterior, será materia de la presente tesis responder a la pregunta **¿cuál es la interpretación del principio del Interés Superior del Niño que posibilita la protección más amplia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes?**

El objetivo será demostrar que existe una interpretación del principio del Interés Superior del Niño que permite una efectiva protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, mediante el reconocimiento de su condición de sujetos plenos de derecho.

La hipótesis de inicio que ampara este trabajo parte de la premisa de que es necesario reconocer, aceptar y comprender que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos para lograr una interpretación del principio del Interés Superior del Niño que efectivamente proteja sus derechos. Para ello se requiere la incorporación de la Autonomía Progresiva como sustento de la titularidad de derechos de niños, niñas y adolescentes, y como eje rector para la interpretación amplia del Principio materia de esta tesis.

El principio Autonomía Progresiva juega un papel fundamental en el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derecho, ya que es a través de esta figura que es posible consolidar la teoría y obtener una real protección de sus derechos.

Al final de la tesis se realiza un contraste con el derecho interno para poder verificar si en realidad en México estos dos conceptos son utilizados y aplicados en virtud de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En especial se analizará el Código Civil Federal, en los artículos relativos a los menores de edad.

A través del estudio, comprensión y aplicación de la autonomía progresiva, la cual reconoce la condición en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes para el ejercicio y goce de derechos, y teniendo como base los estándares internacionales, es posible comprobar la plena titularidad que tienen de los derechos humanos en general, y aquellos derechos específicos que tienen como grupo en situación de vulnerabilidad.

La importancia de la aceptación y comprensión de las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos y por ende, de la protección integral de sus derechos radica en dejar atrás la concepción del niño y niña como “objeto de protección”, y poder eliminar, en la medida de lo posible, el uso del mismo principio en detrimento de los mismos niños, niñas y adolescentes, tanto en políticas públicas, como en decisiones particulares.

En el primer capítulo analizaré los conceptos base que se utilizarán dentro de la tesis, y que deben ser fundamentados con la finalidad de poder llegar a la conclusión, es decir, son la base de todo el desarrollo teórico. Estudiaré conceptos como derechos humanos, derechos fundamentales, garantías individuales, derecho subjetivo, niño o niña, y derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, revisaré la evolución histórica de los derechos humanos para conocer cómo se llegó al reconocimiento de los derechos de niños y niñas², para finalizar con el análisis conceptual del principio del Interés Superior del Niño.

² Según el artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño, son considerados niños o niñas todas las personas menores de 18 años. Por su parte, las y los adolescentes se contemplan entre los 12 y los 18 años, con la intención de diferenciar las características psicofísicas que van adquiriendo. En ese sentido, en el desarrollo de la tesis, me referiré indistintamente a niños y niñas, o niños, niñas y adolescentes, considerando que estos últimos se encuentran inmersos en el primer grupo, de manera genérica.

El segundo capítulo presenta el sustento teórico jurídico que fundamenta a los derechos humanos, la teoría iusnaturalista, iuspositivista y constructivista, así como las teorías del interés y de la voluntad que sustentan la titularidad de derechos subjetivos, lo que me permitirá tomar una postura para sustentar que los niños y las niñas son sujetos de derechos humanos.

El tercer capítulo busca dilucidar lo que es un principio jurídico y su distinción de un regla jurídica, para poder proceder a un análisis específico y más puntual del principio del Interés Superior del Niño. Pero también me permitirá tener las bases para revisar la naturaleza jurídica de la autonomía progresiva, como principio, regla, derecho o condición.

En el cuarto capítulo concluí con la relación que tienen la autonomía progresiva y el interés superior del niño como base indispensable para el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derechos, y la efectiva aplicación de ambos conceptos. Posteriormente, se hace un análisis de la legislación interna, que nos permite proponer algunas necesidades de cambios conceptuales dentro Código Civil Federal, especialmente en temas de derecho familiar, con el fin de armonizar las leyes internas con el mandato convencional e impulsar un camino de mayor respeto por los derechos humanos desde la ley.

La sección de conclusiones contiene la síntesis de argumentos lógicamente ordenados que nos condujeron durante el desarrollo a la comprobación o contradicción de la hipótesis propuesta para dar respuesta a la pregunta inicial que incitó la realización de la presente tesis.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO CONCEPTUAL E HISTÓRICO

El concepto de Derechos Humanos es un concepto relativamente reciente. Si bien en la historia podemos encontrar antecedentes de lo que hoy conocemos como derechos humanos, el concepto se desarrolló más profundamente a mediados del siglo pasado, a raíz de las dos guerras mundiales que tuvieron como consecuencia la muerte de millones de personas.

Desde que los derechos humanos fueron declarados en el marco de las Naciones Unidas, han sido objeto de distintas interpretaciones, definiciones, análisis y críticas, sin que llegue a ser hoy en día un concepto acabado, pues su definición lleva consigo una serie de implicaciones relevantes a nivel internacional en la relación de Estado-persona.

A lo largo de estos años el estudio y aplicación de los derechos humanos se ha ido desarrollando y ampliando, de manera que hemos llegado a una especificación que concreta los derechos de diversos sectores poblacionales que requieren de derechos más precisos. Dentro de este proceso se ha visibilizado a los niños, niñas y adolescentes como detentadores de derechos humanos.

El objetivo de este capítulo es sentar las bases teóricas que sustentan los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, que serán necesarias para, en los siguientes capítulos, estar en posición de defender que las y los antes mencionados son plenos sujetos de derecho. Por lo tanto, resulta indispensable comprender la filosofía y desarrollo histórico de los derechos humanos en general.

Asimismo, en este capítulo definiré lo que entendemos por derechos de los niños y niñas³, los instrumentos jurídicos internacionales que los amparan, así como los principios rectores de estos derechos.

³ En virtud de que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1º considera como niño o niña a toda persona menor de 18 años, los adolescentes están considerados como niños y niñas, por lo tanto

1. Derechos humanos

1.1. Concepto

El concepto de Derechos Humanos, lejos de gozar de unanimidad, cuenta con múltiples explicaciones que buscan darle un significado teórico. Estas explicaciones son, en muchos de los casos, contrarias o contradictorias; sin embargo, existen conceptos que resultan complementarios. Así como existen distintas exposiciones que explican este término, existen diversos términos que intentan darle nombre al objeto que se describe. El jurista Labrada Rubio hace referencia a esta situación cuando señala:

Efectivamente, el primer hecho que llama la atención es la existencia de distintos términos para la designación de la realidad que es objeto de estudio. Si ya los términos jurídicos son con frecuencia imprecisos y susceptibles de interpretaciones diversas, en este caso, como en otros muchos temas de nuestra especialidad, la nomenclatura se diversifica ya que se estudia la realidad jurídica desde la perspectiva de la filosofía o de la teoría del derecho.⁴

Algunos de los términos a los que hace referencia el autor son *derechos de la persona* y *derechos del hombre*. Han existido otras designaciones como *derechos fundamentales* o *garantías individuales*, pero estas dos últimas no conceptualizan al mismo objeto de estudio que la primera.

Tanto *derechos de la persona*, como *derechos del hombre* y *derechos humanos* tienen el mismo significado, que exploraré en este apartado. Sin embargo, *derechos humanos* ha sido el término más utilizado a nivel internacional.

En relación con la falta de identificación de un solo significado, las características de estas distintas acepciones de los *derechos humanos* dependen, en gran medida, de las corrientes teóricas a las que se encuentran adscritas, así como al momento histórico en el que se contextualiza el autor del mismo, tal como lo resalta Jesús Rodríguez y Rodríguez: *La noción de los*

⁴ Valle Labrada, Rubio, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Madrid, Civitas. 1998, p 19.

*derechos humanos es en gran parte, según lo acabamos de ver, producto de la historia y de la civilización y, por tanto, sujeta a evolución y modificación.*⁵

Aunado a lo anterior, el término *derechos humanos* resulta controversial en sí mismo, ya que se compone de dos palabras cuyos conceptos han sido argumentados y contra argumentados durante muchas décadas. Dentro de las discusiones en torno al término *derechos humanos*, se encuentra aquella crítica a la tautología inmersa en la palabra “derecho” puesto que un derecho siempre es de seres humanos. Aún es tema de discusión si los animales gozan de derechos⁶, sin embargo es indiscutible que los derechos son una prerrogativa de los seres humanos, es decir, de quienes tienen la posibilidad presente o futura de hacer exigibles esos derechos.

Sin embargo, existen autores que defienden la composición del término, aduciendo que referirse a *derechos humanos* focaliza la atención en las áreas más sensibles e importantes de las personas: *Por el contrario, la elección de una de estas fórmulas manifiesta ya una acepción de fondo, en cuanto que estos derechos son más humanos que otros, por corresponder al hombre en virtud de su condición humana.*⁷

Independientemente de los errores lógicos que el uso del término en comento pueda implicar, éste ha ganado popularidad y legitimidad en las últimas décadas derivado del significado y los alcances que éste tiene. Es decir, en este caso la importancia de dilucidar el concepto radica en fundamentar una protección a las áreas esenciales de la condición del ser humano, y esa intención se encuentra por encima del significado objetivo de cada palabra.

De acuerdo con el jurista Pérez-Luño existen dos vías de acceso para conceptualizar el término *derechos humanos*: a través de las definiciones ostensivas y las de análisis lógico. Las definiciones ostensivas son aquellas que se basan en uno o varios ejemplos, sin un alcance mayor a aquellos ejemplos

⁵ Márquez Romero, Raúl (coord), *Diccionario Jurídico Mexicano*, t D-H, México, Porrúa-UNAM, Edición Histórica, p. 1,063.

⁶ Existen autores que defienden la titularidad de derechos por parte de los animales, incluso en Bolivia se ha reconocido constitucionalmente el derecho de la Madre Tierra (Pachamama). Sin embargo, dicha discusión no representa tema de la presente tesis.

⁷ Valle Labrada, Rubio. *Op. Cit.*, p. 19

que lo definen. Por su parte, el análisis lógico busca señalar la intención o connotación del término a partir de sus notas constitutivas, en este caso, de los derechos humanos.⁸

En este caso estudiaré el concepto *derechos humanos* usando la vía del análisis lógico, a partir de fundamentar su construcción, así como realizar un estudio de los elementos que la componen.

Los distintos juristas que han aportado un concepto al término en discusión han fundamentado sus tesis de acuerdo con las distintas corrientes jurídico-filosóficas a las que pertenecen. Es por ello que aunque muchas podrán coincidir en la parte más general del objeto de estos derechos, son divergentes en la forma en que se justifica la relación de los derechos con el ser humano.

La concepción de *derechos humanos* como derechos originarios o naturales del hombre se enmarca en la corriente iusnaturalista, que sin detrimento del estudio que se hará más adelante respecto de la misma, podemos señalar que fundamenta la relación del hombre con los *derechos humanos* a partir de Dios, o bien a partir de la naturaleza del mismo humano, o de su razón como en el iusnaturalismo racional⁹. En ambos casos los *derechos humanos* tienen como objetivo la protección de la dignidad humana y el Estado tiene el deber de reconocer estos derechos a los seres humanos.

A continuación señalaré algunas definiciones desde la corriente iusnaturalista que me ayudará para enmarcar El jurista Castán Tobeñas, desde un contexto iusnaturalista, define nuestro término de la siguiente forma:

Derechos del hombre son aquellos derechos fundamentales de la persona humana -considerado tanto en su aspecto individual como comunitario- que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza, y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio a las exigencias del bien común.¹⁰

⁸ Pérez-Luño, Antonio Enrique, "Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)", *Revista DOXA* No. 4, 1987, p. 48

⁹ Saldaña Serrano, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 63 – 69.

¹⁰ Valle Labrada, *Op. Cit.*, p. 22.

En la misma tesitura se encuentra Antonio Fernández Galiano, quien describe que los derechos humanos son aquellos *de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas, por el mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana.*¹¹

Como una contracorriente al iusnaturalismo surge el positivismo jurídico, que fundamenta la relación de los derechos humanos con el hombre a partir de la ley positiva, en donde el Estado otorga estos derechos al humano por medio de su legislación.

En esta corriente podemos ubicar a juristas como Hans Kelsen, H.L.A. Hart y, en épocas más recientes, a Norberto Bobbio. El sustento de la existencia de derechos es únicamente la ley, de tal manera que sólo si éstos se encuentran legislados adquieren el carácter de derechos subjetivos, sin necesidad de distinguirlos de los demás derechos. La fuerza que puedan tener estos derechos y los distinga de los otros, radica en la jerarquía que tenga el ordenamiento en los que se encuentren adscritos. Es decir, un derecho otorgado en la Constitución gozará de mayor protección y fuerza que aquel regulado en una ley local.

Norberto Bobbio, en su estudio sobre los *derechos humanos* hace referencia a los mismos como cosas deseables o fines que merecen ser protegidos.¹² Asimismo, refiere que *los derechos humanos son derechos históricos, que surgen gradualmente de las luchas que el hombre combate por su emancipación y de la transformación de condiciones de la vida que estas luchas producen.*¹³

En ese sentido, Rafael de Asís, en un análisis de las posturas bobbianas, interpreta la concepción de derechos humanos de Bobbio de la siguiente manera:

¹¹ *Idem*

¹² Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1989, p. 54

¹³ *Ibidem* p. 70

...para Bobbio, los derechos humanos son expresión de exigencias que aparecen en la historia y que no tienen fundamento absoluto, sino, en todo caso, consensual. Fundamento que se traduce en la Declaración Universal de 1948.¹⁴

En las últimas décadas se ha hecho especial hincapié en una corriente que busca justificar los *derechos humanos* a partir de la existencia de los derechos morales. El jurista Ronald Dworkin señala que los derechos morales derivan de algo que es considerado valioso, un bien y por lo tanto se establece como algo que es bueno que alguien (cualquiera) lo pueda reclamar, tener, ejercer, poseer, disfrutar, de manera individual (o colectiva).¹⁵ Dworkin, les otorga a los derechos morales una característica que resulta fundamental para su distinción con otro tipo de derechos. Esta distinción radica en que su fuerza es tal que funciona como justificación lo suficientemente válida en contra de cuestiones políticas referentes al bien común o al bienestar general.¹⁶ La existencia de estos derechos morales es reconocida, no inventada o creada, pues no son producto de un acto de promulgación y no pueden ser alterados por la voluntad humana.

De la mano con Ronald Dworkin, los derechos morales son entendidos por Cruz Parceró como normas para la acción y reacción en un hacer o no hacer algo de forma apropiada, realizadas por agentes morales que juegan distintos roles, como el que toma las decisiones de su vida o como juez moral.¹⁷

De conformidad con la definición de Cruz Parceró los derechos morales son el continente de los *derechos humanos*, los cuales a su vez fungen como contenido.¹⁸ En ese sentido, los conceptos derivados de esta corriente señalan a los *derechos humanos* como bienes morales que tienen todos los seres humanos por ser razones fuertes que deben ser protegidos normativamente.

¹⁴ De Asís Roig, Rafael, "Bobbio y los derechos humanos", *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1994, p.. 179.

¹⁵ *Ibidem*, p. 75

¹⁶ *Ibidem*, p. 76

¹⁷ Cruz Parceró, Juan A., "Derechos Morales: Concepto y Relevancia", *dn Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, No. 15, 2001, p. 58

¹⁸ *Ibidem*, p. 60.

Carlos S. Nino señala que los *Derechos Humanos son derechos establecidos por principios morales*.¹⁹ Estos principios morales cuentan con ciertas características, tales como ser resultado de una moral crítica o ideal, aceptados como justificación final de las conductas que busca fundamentar y que puedan valorar cualquier acción.

Por su parte, Francisco Laporta, en la misma línea de Nino, señala que los *derechos humanos* son absolutos, es decir, son requerimientos morales que al entrar en conflicto con otros requerimientos morales, estos últimos son desplazados y anulados, quedando los *derechos humanos* como la exigencia moral que hay que satisfacer.²⁰

Esta exigencia moral a la que se hace referencia se encuentra dada por la razón, y no como un derecho originario de un ser humano generado por una deidad o por la naturaleza, tampoco deriva de una norma positiva. En sentido contrario a esto último, los *derechos humanos* subyacen a las normas positivas. Laporta explica esta característica de la siguiente manera:

Lo que quiero sugerir es que los 'derechos' [humanos] son algo que, por así decirlo, están antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas y antes que las inmunidades de status...el título que subyace a todas esas técnicas de protección y a otras más.²¹

Pérez Luño coincide con Laporta en este aspecto y apunta que los *derechos humanos responden a instancias o valores éticos anteriores al derecho positivo, esto es, preliminares y básicos respecto a éste*.²² En ese sentido, el fundamento de los *derechos humanos* se puede encontrar mostrando características de los

¹⁹ Nino, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 5.

²⁰ Laporta, Francisco, "El concepto de Derechos Humanos", en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universidad de Alicante, No. 4. 1987. p. 39

²¹ *Ibidem*, p. 27.

²² Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Op. Cit.*, p. 52

mismos que forman parte de los principios morales *a los que puede llegar reflexivamente mediante un diálogo entre seres racionales.*²³

Por otra parte, un gran número de juristas y filósofos coinciden en que la vida y la dignidad son dos de los bienes preciados y de especial importancia, derivados de la moral. En consonancia con lo anterior, se puede decir que los *derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.*²⁴

Desde esta corriente, los *derechos humanos* aparecen como una construcción dialógica de los seres humanos quienes establecen los bienes más preciados y con especial importancia para todos los humanos; éstos se acuerdan colectivamente, a fin de proteger estos bienes individuales. Por tanto, no están sujetos a la ley positiva ni requieren ser declarados, su existencia justificada por la moral y la importancia que la razón les otorga bastan para colocarse por encima a las normas jurídicas y de cualquier otra razón moral. Lo anterior deriva en que todos los individuos humanos, por tener esa condición, poseen *derechos humanos*.

Nino sugiere la siguiente definición de los que él llama derechos básicos *son aquellos derechos morales de que gozan todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como un titular independiente de intereses para ajustar su vida a sus propios juicios de valor.*²⁵

Adicionalmente, los juristas mencionados, señalan la importancia de aumentar la efectividad de estas normas morales a través del aparato jurídico, y en especial, otorgándoles el status de derecho subjetivo. Ello sin detrimento de considerar que la existencia de los *derechos humanos* es anterior a la norma jurídica, es su razón de ser.

²³ Pérez Triviño, José Luis, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico morales*, Colección Biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Distribuciones Fontamara, 2002, p 106.

²⁴ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, Sexta Edición, México. UNAM-Porrúa-CNDH, 2014.*, p. 9

²⁵ Nino, Carlos S, *Op. Cit.*, p. 21

Por último, tomaré como referencia la definición que establece el Diccionario Jurídico Mexicano antes citado:

Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.²⁶

De tal manera que el concepto de *derechos humanos* que se adopta con el fin de justificar y fundamentar la propuesta de este ejercicio argumentativo, tomando elementos de las distintas definiciones antes citadas, es la siguiente:

Los derechos humanos son aquellas exigencias morales justificadas a través de la argumentación, especialmente importantes, de los cuales son beneficiarios todos los individuos humanos con el fin de ajustar su vida a sus propios juicios de valor, que deben ser protegidas eficazmente de manera individual y colectiva, en particular a través de su aparato jurídico como derechos subjetivos.²⁷

1.2. Exigencias morales

Entre los elementos que consideramos más importantes del concepto de derechos humanos antes esbozado, están las exigencias morales que definen en primera instancia a los *Derechos Humanos*. En ese sentido, cabe especificar a qué me refiero cuando se habla de exigencias morales.

Como hemos visto, la teoría moral ocupa una parte esencial de la teoría de los derechos humanos que estamos estudiando. Es por ello que cuando hablo de exigencias morales lo explicaré desde la visión de los derechos morales como tal.

Alejarse del iusnaturalismo permite hablar de una moral positiva y una institucional. En ese sentido, es posible *para cualquier miembro de una sociedad*

²⁶ Márquez Romero, Raúl (coord), *Op. Cit.*, p 1063

²⁷ La definición aquí señalada, sin ser una definición propia, está construida con elementos y definiciones ya dadas por juristas y filósofos del derecho. Se trata de un intento por tomar aquellos elementos que, a nuestro parecer, sustentarán de mejor manera los derechos de los niños y niñas.

*realizar juicios morales que no dependen ni son expresión de la moralidad positiva de su sociedad y que están justificados a partir de la razón.*²⁸

La moralidad es tomada desde un ámbito esencialmente social, por lo que la relevancia de las razones morales o juicios morales no depende de los intereses o proyectos de un solo individuo.

En apego a lo expresado por Cruz Parceró, es posible manifestar que las razones morales tienen un peso especial que facultan al sujeto a *exigir, demandar, hacer o disfrutar algo*.²⁹ Esta exigencia moral a la que hace referencia cuenta con una fuerza especial respaldada socialmente.

Existen diversos autores que señalan que la moralidad o los juicios morales racionales derivan de la necesidad de proteger la dignidad y el respeto del ser humano.

La idea de la dignidad que Kant nos proporciona está íntimamente ligada con la idea del ser humano como fin en sí mismo. La dignidad de los hombres tiene un valor interno e intrínseco, considerada una razón que no puede ser superada. El hecho de que los seres humanos como entes racionales sean fines en sí mismos les otorga un estatus de *agentes morales*.³⁰ La autonomía del ser humano como símbolo de la libertad es un fundamento de la dignidad humana, es decir, es digno aquel que tiene la capacidad de dictarse leyes a sí mismo.

En la misma línea, John Rawls utiliza la tesis del autorrespeto ligado a la idea de dignidad, y lo identifica como un bien primario de suma importancia que representa un requisito previo para la realización de cualquier plan de vida. Este requisito ha sido considerado por el ser humano como un instrumento para satisfacer intereses de primer orden.

Rawls define el autorrespeto como *el sentimiento de la persona de su propio valor*³¹. Tener confianza en la propia capacidad de llevar a cabo su plan de vida y la convicción que la persona misma tiene del bien.

²⁸ Cruz Parceró, Juan A, *Op. Cit.*, p. 58.

²⁹ *Ibidem*, p. 61

³⁰ Pérez Triviño, José Luis. *Op. Cit.*, p. 18 y 19.

³¹ Rawls, John, *Una teoría de la Justicia*, México, FCE, 1985, p. 438.

Ambas teorías van de la mano construyendo dos bienes básicos del ser humano que son justificados de manera racional y que resultan fundamento de las exigencias morales, por lo tanto son razones supremas y por encima de cualquier otra, que gozan de una aceptación y fuerza social. Como lo señala Tomás de Domingo [*l]a dignidad humana significa, en suma, la exigencia de respeto incondicional al ser humano*” y esta exigencia se materializa a través de los derechos.³²

Existen otras teorías que se han tomado como parte de las teorías morales que dan fundamento a las exigencias morales a las que me he referido en los últimos párrafos. Se ha escrito que es la felicidad y la necesidad de la misma la que lleva al hombre a regirse mediante ciertas normas y exigencias. Sin embargo, me quedaré como sustento para esta construcción conceptual con la dignidad humana y el autorrespeto como aquellas exigencias morales a las que se refieren los derechos humanos.

1.3. Diferencia entre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales.

Los términos “derechos humanos” “derechos fundamentales” y “garantías individuales” han sido utilizados en diversos contextos de manera indistinta, como si el significado de los tres fuera el mismo. Es decir, pareciera que al mencionar cualquiera de los términos antes señalados, quisiera referir al mismo objeto de estudio.

Un ejemplo de ello es nuestra Constitución Política, que antes de la reforma en materia de derechos humanos de 2011 identificaba su parte dogmática como “*DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES*”³³, cuando en realidad

³² Martínez Pujalte, Antonio-Luis y de Domingo, Tomás. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada, Comares, 2011. p. 7

³³ Capítulo I, Título I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de la reforma en materia de Derechos Humanos de 2011, publicada en el Diario Oficial de la Federación en el mes de junio. A partir de dicha reforma la denominación del Título I, capítulo I ahora se denomina “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.

esa sección describía los derechos que en ese momento se le reconocían a las personas.³⁴

En realidad, los tres conceptos tienen entre sí diferencias esenciales que, de no conocer sus elementos distintivos, además de caer en un error conceptual, estamos en riesgo de no poder fundamentar de manera correcta la titularidad de las niñas, niños y adolescentes frente a sus derechos, ni identificar a los sujetos obligados.

En primer lugar tenemos al concepto de derechos humanos, mismo que he definido de manera exhaustiva en el apartado anterior; por lo que cabe únicamente recordar la definición base que servirá en esta propuesta teórica:

Los derechos humanos son aquellas exigencias morales justificadas a través de la argumentación, especialmente importantes de los cuales son beneficiarios todos los individuos humanos con capacidad potencial o presente para ajustar su vida a sus propios juicios de valor, que deben ser protegidas eficazmente de manera individual o colectiva, en particular a través de su aparato jurídico como derechos subjetivos.

Ahora bien, nos referiremos a los elementos diferenciadores del concepto “derechos fundamentales”. Para definir este concepto nos basaremos en la teoría que esboza el jurista Gianluigi Palombella.

Según Palombella, la expresión “derechos fundamentales”, a comparación de derechos humanos, es abierta y relativa. Esto quiere decir que cuando evocamos a los derechos humanos estamos haciendo referencia a aquellos derechos que le pertenecen al ser humano y que así han sido reconocidos conforme a todo lo antes analizado; sin embargo cuando decimos derechos fundamentales nos referimos a cualquier tipo de derechos, sin que

³⁴ Actualmente, nuestra Constitución Política sigue confundiendo términos en algunos artículos, sin embargo es necesario reconocer que han existido esfuerzos importantes que representan avances en materia de reconocimiento de derechos humanos.

hagamos referencia específica a los derechos de las personas. Es decir, son fundamentales en tanto sean considerados derechos “inviolables”.³⁵

Si se asume la inviolabilidad absoluta de los derechos humanos en cualquier cultura, en cualquier contexto... puede pretenderse también la inviolabilidad de los derechos fundamentales, aunque sólo en el ámbito en que estos sean fundamentales.³⁶

De acuerdo con el autor, cuando hablamos de derechos fundamentales, podemos realizarlo a partir de dos perspectivas distintas:

a) Cuando *fundamental* hace referencia a los derechos humanos considerados como universales.

b) Cuando *fundamental* hace referencia a aquellos derechos subjetivos “*puestos*” *en concreto* y “*válidos*” *jurídicamente bajo un ordenamiento determinado*.³⁷

Así, existen derechos que caben en ambas definiciones: los derechos humanos que han sido reconocidos por organizaciones internacionales en diversos instrumentos jurídicos como derechos universales.

Palombella reconoce que los derechos fundamentales en su carácter subjetivo juegan un papel funcional en el ordenamiento jurídico. Según el autor [s]u fuerza moral probablemente nazca de su condición de “derechos” subjetivos, apoyados desde múltiples perspectivas por muy diversas doctrinas morales.³⁸ Ésta es la única manera en que pueden adquirir fuerza jurídica.

Es así que, de acuerdo con Palombella, los derechos humanos pueden o no ser derechos fundamentales dependiendo del carácter de inviolabilidad con el que cuenten, su carácter universal, y/o bien de acuerdo a las razones jurídicas que se proporcionen para que éstos se encuentren dentro de un ordenamiento jurídico.

³⁵ Palombella, Gianluigi, “Derechos Fundamentales Argumentos para una teoría”, *Revista Doxa*, núm. 22, 1999, p. 526

³⁶ *Idem*

³⁷ *Ibidem*, p. 527

³⁸ *Ibidem*, p. 529

En ese sentido, cuando los derechos humanos se encuentran positivizados a manera de derechos subjetivos dentro de un ordenamiento jurídico, entonces podemos hablar de derechos fundamentales.

[S]on “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos, o de personas con capacidad de actuar...³⁹

Luigi Ferrajoli explica que esta definición se basa, entre otras cosas, en el carácter universal de los derechos subjetivos a los que se refiere.

Ahora bien, entre derechos humanos y derechos fundamentales encontramos una relación estrecha en cuanto que aquellos derechos humanos que sean considerados fundamentales (cuando se encuentren positivizados en forma de derechos subjetivos) harán referencia a la misma exigencia moral, pero tendrán una fuerza jurídica específica. Sin embargo, no pasa lo mismo con el término “garantías individuales” o “garantías”.

Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales...⁴⁰

De acuerdo con Gianluigi Palombella, las garantías son *instrumentos indirectos de protección del derecho, “mecanismos idóneos” para garantizar su observancia, una vez que los derechos son adoptados.*⁴¹

Tanto Palombella como Ferrajoli distinguen entre garantías primarias de las garantías secundarias, en donde las primeras son aquellas obligaciones o prohibiciones correlativas a los derechos y las segundas son aquellas obligaciones de aplicar la sanción o declarar la nulidad de las violaciones a las primeras.⁴²

³⁹ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 37

⁴⁰ *Ibidem*, p. 58

⁴¹ Palombella, Gianluigi, *Op. Cit.*, p. 536.

⁴² *Ibidem*, p. 535 y Ferrajoli, Luigi. *Op. Cit.*, p. 59.

1.4. Derecho Subjetivo

El debate teórico sobre los derechos subjetivos en los distintos niveles desde los cuales se aborda, y que es materia del presente capítulo, pone en evidencia la importancia que tiene para el ser humano el lenguaje de los derechos.⁴³

Comprender el significado del término “derecho subjetivo” resulta de suma importancia en este análisis pues a través de la subjetivización de estos derechos es que podemos hacerlos exigibles. Existen diversos conceptos que refieren el término “derechos subjetivos”, mismos que serán analizados de manera breve en esta sección.

Una gran cantidad de teóricos del derecho se han detenido al análisis del concepto “derechos subjetivos”, derivado de la importancia que dicho término tiene en relación con la ciencia del derecho en general. Sin embargo, resulta preciso detenernos un paso antes de definir “derecho subjetivo” para hacer mención de la típica distinción entre un “derecho subjetivo” y un “derecho objetivo” en general, sin demérito del análisis próximo a hacer. Para ello, nos basaremos en la distinción que realiza la jurista Mónica González Contró, quien expone que el derecho objetivo es el *“término que se utiliza para denominar un conjunto de reglas, mientras que el segundo (derecho subjetivo) hace referencia a cierta facultad, capacidad o fuerza para exigir un comportamiento determinado, propia de ciertos sujetos.”*⁴⁴

Es decir, cuando nos referimos al “derecho objetivo” evocamos al sistema de normas que encontramos en los instrumentos legislativos, las constituciones, los reglamentos, los decretos, etc. Son las normas que describen, amparan, prohíben o permiten ciertas conductas de la persona, plasmadas en los instrumentos normativos.

Una vez realizada la precisión anterior, analizaremos el término “derechos subjetivos”, y en sintonía con lo señalado por la jurista González Contró,

⁴³ González Contró, Mónica. *Derechos de niñas, niños y adolescentes, una propuesta de fundamentación*. México, IJ-UNAM, 2008, p. 159

⁴⁴ *Idem*

entonces debemos entender a qué nos referimos con la *capacidad o fuerza para exigir un comportamiento*. La primera idea que surge a partir de la lectura de la frase anterior es que, a diferencia del “derecho objetivo” que encierra al objeto, la capacidad nos invita a pensar de manera inmediata en el sujeto, en la persona.

Una gran aproximación que podemos hacer a las distintas corrientes que buscan explicar a los “derechos subjetivos” es la clasificación que realiza Robert Alexy quien nos habla de los derechos subjetivos en tres sentidos.

1. Razones para los derechos subjetivos
2. Derechos Subjetivos como relaciones y posiciones jurídicas
3. Imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos⁴⁵

En el presente apartado describiremos dos posturas en particular: i) derechos subjetivos como razones que subyacen a las posiciones jurídicas y ii) como posiciones jurídicas, por ser las dos posturas que me ayudan a sustentar la hipótesis de esta tesis.

Razones para los derechos subjetivos

Laporta en su texto “El concepto de los derechos humanos” no se refiere como tal a los derechos subjetivos, sino que se apoya en el término *derechos “sin más”*. La teoría que este autor expone respecto a los derechos se basa en la *...sugerencia fuerte de que el origen o el fundamento de esas obligaciones que se hacen gravitar en los demás es, precisamente, la previa existencia de mi derecho, o, lo que es lo mismo, que los demás tienen algún deber u obligación con respecto a mí porque (en su doble sentido) yo tengo previamente un derecho, y no al revés como acaba por concluir la tesis fuerte de la correlatividad.*⁴⁶ A ésta nos referiremos más adelante.

⁴⁶ Laporta, Francisco, “El concepto de Derechos Humanos”, en *Revista Doxa*, No. 4, 1987, p. 25.

Derivado de lo anterior, el jurista propone que al hablar de derechos nos referimos a algo anterior a las acciones, pretensiones y exigencias. Es decir, para el jurista en comento los derechos subjetivos son ese título que ostentan las personas, y que da paso a que existan técnicas de protección al amparo de esos títulos. De no haber título, no habría necesidad de crear técnicas o posiciones jurídicas, que explicaran y protegieran ese algo previo.⁴⁷

Derechos Subjetivos como relaciones y posiciones jurídicas

Ahora bien, existen también teorías que buscan dar significado al término en discusión a partir de la posición que tiene el individuo en una relación jurídica, y que le otorga ciertas condiciones o características con las que interactúa directamente con el Estado.

En esta ocasión me avocaré a la tesis que Hohfeld propone para explicar estas posiciones jurídicas. Para el autor en referencia los derechos subjetivos se muestran como la situación en la que se encuentra una persona frente a otra en ciertas situaciones, a ello le llama una “posición jurídica”.

Es preciso referir que las posiciones jurídicas que señala el autor están directamente asociadas a una respuesta de otra parte, es decir, cada derecho subjetivo tiene una posición correlativa que debe ser cubierta para satisfacer al derecho subjetivo en cuestión. Así, la siguiente tabla muestra las cuatro posiciones que reflejan los derechos subjetivos existentes, y las acciones correlativas correspondientes a cada uno de ellos.

Posición	Acción correlativa
Pretensión	Hacer (deber de otro)
Privilegio o Libertad	No hacer
Potestad	Sujeción
Inmunidad	Incompetencia

⁴⁷ *Ibidem* , p. 27

* Tabla recogida de Hohfeld, Wesley.N. ⁴⁸

En realidad, para Hohfeld la Pretensión es el derecho subjetivo en sentido estricto. Mientras que las demás denotan otras acciones que son definidas comúnmente como derechos subjetivos en sentido amplio.

Una pretensión es, de acuerdo a lo que la Dra. González Contró señala, *algo que legítimamente corresponde a quien reclama el contenido del mismo (derecho)*⁴⁹ Es decir, quien tiene una pretensión, tiene la fuerza para exigir aquello que pretende. Esta es la fuerza o capacidad a la que la misma autora refiere en la definición aportada al inicio de este apartado.

Por otro lado, el jurista Adrián Rentería se refiere al derecho subjetivo como *conjunto de situaciones en las que el individuo tiene una posición de ventaja, una posición de poder disponer de un cierto bien.*⁵⁰ Asimismo, la definición que Luigi Ferrajoli nos da, complementando la definición que hace de Derechos Fundamentales y a la cual nos hemos referido con anterioridad, es la siguiente:

[E]ntendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁵¹

Se puede observar que las dos últimas definiciones, tanto la de Adrián Rentería como la de Luigi Ferrajoli resultan afines con la explicación de Hohfeld. Rentería se refiere al derecho subjetivo como una posición positiva (de ventaja o poder) respecto de cierto bien. Por su parte, Ferrajoli habla de una expectativa positiva y puntualiza que se refiere a una prestación. Ambas explicaciones encuadran en las acciones que Hohfeld establece como parte del derecho subjetivo en sentido amplio.

⁴⁸ Hohfeld, Wesley.N. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México, Fontamara, 2001, p. 47

⁴⁹ González Contró, Mónica. *Op. Cit.*, p. 166.

⁵⁰ Rentería Díaz, Adrián. “Derechos Humanos. Justificación y garantías” en *Revista ISONOMÍA*, No. 28, Abril 2008, México.

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, p 37

Con base en las definiciones que hemos expuesto anteriormente de manera somera, estamos en posibilidad de resaltar aquellas características generales de un derecho subjetivo que ayudarán a tener una idea más clara del concepto, para la formulación de la teoría que en adelante postularemos.

Un derecho subjetivo es la expectativa positiva de una persona, entendida como la capacidad o fuerza (que consiste una pretensión, privilegio, inmunidad o potestad), amparada por un ordenamiento jurídico.

2. Evolución de los Derechos Humanos

Una vez revisados y estandarizados los conceptos base de la presente tesis, es preciso pasar a la revisión de la etapa histórica de los derechos humanos. Conocer de dónde y cómo surge la protección a los derechos humanos, así como su evolución desde los antecedentes hasta nuestros días nos ayudará a comprender el desarrollo de los derechos humanos que dio paso proceso de especificación de los mismos, que se acompaña del reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

2.1. Antecedentes Históricos.

Los antecedentes históricos que mencionaremos a continuación muestran los inicios de los derechos considerados de manera individual, pues antes de ello, los derechos sólo se consideraban de manera colectiva, *[I]os pueblos de la más remota antigüedad nos presentan sociedades en las que era desconocido cualquier concepto de derechos individuales.*⁵²

2.1.1. Año 539 a.C. Conquista de Babilonia por la Persia antigua

Algunas acciones que formaron parte de la Conquista de Babilonia tienen relevancia en la historia de los derechos humanos como antecedentes a los

⁵² Lions, Monique, "Los derechos humanos en la historia y en la doctrina", en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México, IJ-UNAM, 1980, p. 480.

mismos, como la liberación de los esclavos, la declaración del derecho de todos los hombres a elegir su religión y la igualdad racial. Estas acciones fueron grabadas en el Cilindro de Ciro.⁵³

A partir de ese momento, considerado el primer antecedente del reconocimiento de los derechos humanos, en otros lugares del mundo se empiezan a reconocer poco a poco algunos derechos a las personas, que hoy fungen como antecedentes a las declaraciones universales de derechos humanos.

2.1.2. Año 1215 La Carta Magna

La Carta Magna es considerada también el antecedente primario de las constituciones modernas. Este documento legal fue firmado por el Rey Juan de Inglaterra, como medio de protección para los súbditos frente al poder arbitrario del Rey.

Uno de los derechos que protegía dicha Carta es el derecho de todos los ciudadanos a poseer y heredar propiedades y la protección contra impuestos excesivos. Esta Carta comienza a proteger garantías legales y a reconocer la igualdad ante la ley. Las viudas tenían derecho a no casarse de nuevo cuando poseían propiedades.

2.1.3. Año 1628 La Petición de Derechos

La petición de derechos fue creada por el parlamento inglés y enviada a Carlos I como una declaración de libertades civiles. Este tercer antecedente surge, de manera similar al anterior, como contrapeso al poder arbitrario del rey. Los cuatro principios de esta petición fueron los siguientes: no recaudar ningún impuesto sin el consentimiento del parlamento, no encarcelar a ningún súbdito sin una causa probada, no acuartelar a ningún soldado con un ciudadano, y no usar la ley marcial en tiempos de paz.

⁵³<http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html>.

2.1.4. Año 1776 La Declaración de Independencia de los Estados Unidos

En 1776 el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Declaración de Independencia de Gran Bretaña, cuyo autor principal fue Thomas Jefferson. La Declaración de Independencia tiene dos puntos que se relacionan de manera directa con los derechos humanos: los derechos individuales y el derecho a la revolución. Es específico, la Declaración reconoce el derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

2.1.5. Año 1787 La Constitución de Estados Unidos de América

La Constitución de los Estados Unidos es la ley fundamental. Es la constitución nacional más antigua, en donde se establece el orden de gobierno y los derechos básicos de los ciudadanos.

2.1.6. Año 1789 La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano tiene una especial importancia en la historia de los Derechos Humanos, tanto por su valor histórico como por los derechos que reconoce.

La Declaración marcó el fin de la monarquía absoluta y el inicio de la República Francesa, asimismo constituyó el primer paso para la Constitución Francesa. En realidad, los derechos y libertades que se reconocen en esta declaración son de carácter civil y político, como libertad de propiedad, seguridad y resistencia a la opresión.

La siguiente cita muestra cómo la Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano reconoce a las libertades y derechos que menciona como derechos naturales del hombre:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del

hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes...⁵⁴

2.1.7. Año 1791 Carta de Derechos

La Carta de Derechos está conformada por las primeras diez enmiendas que se realizaron a la Constitución de los Estados Unidos. Éstas cumplen en general con los objetivos de limitar a los poderes y proteger los derechos de los ciudadanos, residentes y visitantes del territorio.

Este documento se refiere a: la libertad de expresión, libertad religiosa, el derecho de tener y portar armas, el derecho de reunirse y la libertad de petición. Prohibición de la búsqueda e incautación irrazonable, el castigo cruel e inusual y la autoincriminación obligada, entre muchos otros.

2.1.8. Año 1864 La Primera Convención de Ginebra

El Consejo Federal Suizo hizo la invitación a 16 países de Europa y algunos de América para asistir a una conferencia en Ginebra, con el fin de adoptar un convenio sobre los soldados heridos en combate. Algunas obligaciones que asumieron los países a ese respecto fueron: proveer de atención médica sin discriminación a personal militar herido o enfermo, respetar el transporte y equipo personal médico de la Cruz Roja.

2.1.9. Año 1945 Las Naciones Unidas

Surge como respuesta las dos Guerras Mundiales recién sucedidas, y sus consecuencias catastróficas en Europa y Asia, con millones de muertos y de personas que sufrían de hambre. En aquel momento Estados Unidos continuaba en guerra con Japón.

Delegados de cincuenta naciones se reunieron con el propósito de crear un organismo internacional para promover la paz y evitar guerras futuras. Dicha carta entró en vigencia el 24 de octubre de 1945.

⁵⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Primer párrafo.

2.1.10. Año 1948 La Declaración Universal de Derechos Humanos

Redactada por la Comisión de los Derechos Humanos, con Eleanor Roosevelt al frente, quien se refirió a la misma como la Carta Magna Internacional para toda la humanidad.

La Declaración Universal enumera los derechos que se reconocen a todos los seres humanos, sin importar su condición y contexto, así como los principios base de los derechos humanos. Esta declaración a partir de sus 30 artículos busca tener un alcance universal.

El crecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos ha sido paralelo a la fuerza que ha ido adquiriendo el movimiento internacional de derechos humanos desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948.⁵⁵

De manera paralela a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, junto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales forman la Carta Internacional de los Derechos Humanos, se han ido formando órganos especializados de derechos humanos, pertenecientes a Naciones Unidas.

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se han realizado, firmado y ratificado a nivel internacional más de 100 convenciones, protocolos, declaraciones que enuncian y protegen a los derechos humanos. Asimismo, se han creado distintos organismos universales y regionales para la protección de los derechos humanos, a continuación se mencionan algunos de ellos:⁵⁶

⁵⁵ Texto recogido de la página oficial de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas
<http://www.ohchr.org/SP/ABOUTUS/Pages/BriefHistory.aspx>.

⁵⁶ <http://www.cdhpuebla.org.mx/index.php/ambito-internacional-194/organismos-internacionales-y-regionales-en-derechos-humanos>

Organización de las Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos

Organos para la supervisión del cumplimiento de las convenciones firmadas:

Comités internacionales:

- **Comité de Derechos Humanos**
- **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**
- **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial**
- **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer**
- **Comité contra la Tortura**
- **Comité de los Derechos del Niño**
- **Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**
- **Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad**
- **Comité contra las Desapariciones Forzadas**

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos

Corte Europea de Derechos Humanos

Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Corte Penal Internacional

2.2. Proceso de especificación de los derechos humanos

El proceso de especificación de los derechos humanos, un término acuñado por el jurista Norberto Bobbio, es un proceso más que acompaña a los derechos humanos como su positivización, universalidad, internacionalización, etc. En este caso, el proceso de especificación surge a partir de la necesidad de adecuar los derechos humanos a todos los individuos para lograr su goce universal.

En efecto hoy en día ya no se concibe a los derechos humanos solamente como las expresiones normativas de los grandes valores del género humano como la igualdad, la seguridad jurídica, la libertad, la solidaridad. Eso ya no es suficiente: se tiene que avanzar hacia una creciente especificación que haga que los derechos cada vez se encuentren más al alcance de los sujetos a los que van dirigidos.⁵⁷

Así, Peces-Barba se refiere a este proceso como *un proceso de sucesivos refinamientos o concreciones que hace que los contenidos de los derechos, a través de una selección y matización de los ya existentes, adquieran mayor vinculación con su objeto y finalidad.*⁵⁸

En ese mismo sentido, Peces-Barba explica que el proceso de especificación se da a partir de la comprensión que los derechos del destinatario en abstracto *homo iuridicus* no resuelven algunas necesidades específicas de las mujeres, los niños, ancianos, etc. Es decir, el proceso de especificación se centra en aquellos colectivos que por razones culturales, sociales, físicas, económicas, administrativas, etc., se encuentran en situación de marginación estructural y es necesario compensarlo mediante el reconocimiento derechos humanos especiales.⁵⁹

Por su parte Miguel Carbonell señala que este proceso se enfoca en dos cuestiones de los derechos humanos:

⁵⁷ Carbonell Sánchez, Miguel, "Desafíos de derechos humanos en México", en *Anuario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 18

⁵⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*, Madrid, BOE-Carlos III, 1995, p. 180

⁵⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio, "La universalidad de los Derechos Humanos", en *Revista DOXA*, Núm. 15, 1994, p. 626

a) Titulares de derecho: El proceso de especificación implica una precisión y puntualización de los sujetos titulares de derechos, es decir, señala exactamente las características de los sujetos que serán titulares de esos derechos.

b) Contenido del derecho: El contenido del derecho reconocido deberá ser adecuado a sus necesidades.

Por su parte, Peces-Barba describe que este proceso se realiza a través de la equiparación y la diferenciación. Equiparación de las condiciones que gozan las personas que no son titulares de estos derecho y diferenciación mediante el principio de igualdad a través de tratar desigual a los desiguales.

Estos medios para lograr la igualdad, tienen como consecuencia final que los individuos que pertenezcan a estos colectivos o grupos poblacionales, tengan oportunidad de gozar de un pleno desarrollo de su personalidad y elijan libremente su ética privada.

Instrumento internacional	Grupo poblacional especificado	Organismo Internacional	Situación de México
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	Personas con discapacidad	Asamblea General de las Naciones Unidas	Vigente Aprobado por el Senado el 27 de septiembre de 2003
Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer	Mujeres	Asamblea General de las Naciones Unidas	Vigente Aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980
Convención sobre los Derechos del Niño	Niños, niñas y adolescentes	Asamblea General de las Naciones	Vigente Aprobado por el Senado el 19 de

	Unidas	junio de 1990
Declaración sobre los	Pueblos Indígenas	Asamblea General
Derechos de los Pueblos		de las Naciones
Indígenas		Unidas
		Respaldada por México ⁶⁰

Algunos de los grupos poblacionales que, por sus características, se han visto envueltos en el proceso de especificación son: mujeres, niños y niñas, personas LGBTTTI, ancianos, indígenas, etc. El siguiente cuadro identifica algunos grupos poblaciones que, mediante un proceso de especificación, se les ha reconocido determinados derechos en instrumentos internacionales.

** Tabla de realización propia con información tomada de la Secretaría de Relaciones Exteriores.⁶¹

3. Derechos de las niñas, niños y adolescentes

En el marco del primer capítulo referente a la historia y estudio conceptual de los derechos humanos, es importante realizar un análisis de los conceptos más concretos a los que se enfoca el tema de la tesis. Es preciso entonces aterrizar los conceptos generales revisados anteriormente al tema de las niñas, niños y adolescentes.

Hemos dicho anteriormente que los derechos de las niñas y los niños son reconocidos a partir del proceso de especificación de los derechos humanos en donde, de acuerdo con lo que expuso Peces-Barba, se evidencia que las necesidades de las niñas y los niños para la protección y cumplimiento de sus derechos no son cubiertas por los derechos en abstracto.

Las niñas y los niños en especial, por las características que poseen, requieren de derechos especiales, muchos de los cuales simplemente deben ser especificados y otros más que deben ser diferentes a los derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Incluso, existen

⁶⁰ Las Declaraciones, por su naturaleza jurídica no requieren de la firma o ratificación de los Estados Parte. Sin embargo, es posible que los Estados declaren su afinidad y respaldo a dichas Declaraciones, como lo fue en el caso de la presente Declaración, de acuerdo a la señalado por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, en su página oficial de internet, vigente a febrero de 2015.
http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_content&id=300.

⁶¹ <http://www.sre.gob.mx/tratados/>

derechos “abstractos” que no podrían ser ejercidos por los niños y las niñas, por sus circunstancias.

[S]i tomamos como referencia la Declaración Universal de los Derechos Humanos, considerada por los autores que se oponen a la existencia de derechos morales como los únicos derechos de este tipo; pues no todos los derechos contenidos en ella son derechos de los niños, como intentaré exponer a continuación, ni todos los derechos de los niños pueden derivarse de este instrumento...⁶²

En virtud de lo anterior, se puede considerar que los niños y las niñas no sólo son parte de un proceso de especificación de los derechos humanos, sino de diferenciación de los mismos, que basados en los dos elementos que Peces-Barba menciona (equiparación y diferenciación) buscan proteger aquellos derechos de los menores de edad que les permitan un pleno desarrollo, resguardando su dignidad humana y bajo el principio de igualdad.

3.1. Análisis del concepto derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes

No estoy seguro de poder ofrecer, y menos aún justificar, una lista exhaustiva de los derechos que tienen los niños, pero no siento ninguna dificultad en afirmar que tienen derechos. No tengo ninguna teoría de los derechos de los niños, pero sí tengo al menos una teoría de los derechos según la cual puede tener sentido afirmar que los niños los tienen.⁶³

Es necesario regresar al concepto de derechos humanos que establecí en un principio, en donde se les considera como derechos de carácter moral que se reconocen jurídicamente (derechos subjetivos). Asimismo, se ha señalado que el concepto de derechos humanos contiene en sí algunos principios morales como la igualdad, la dignidad humana y la autonomía.

⁶² González Contró, Mónica, *Op. Cit.* P. 334. La autora hace una clasificación de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de acuerdo a las oportunidades que tienen los menores de edad para considerarlos titulares de dichos derechos. Un primer grupo de derechos universales, de los cuales los niños y las niñas son titulares, otro en donde hay una titularidad limitada y uno último en donde los niños no pueden, por sus características intrínsecas, ser titulares.

⁶³ McCormick, Neil. “Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos, *Revista Doxa*. No. 5. 1998, p.1

Si aceptamos desde un inicio que los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos humanos (tal como se busca demostrar en esta tesis), entonces es indispensable asumir que la definición establecida en el primera apartado es aplicable en su totalidad a los niños y las niñas.

[L]os niños son personas morales y por tanto titulares de los derechos derivados de los principios de autonomía, igualdad y dignidad⁶⁴

Ahora bien, una vez que resulta innecesario regresar al estudio del término derechos humanos, pasaremos a un breve análisis de lo que significa niñas, niños y adolescentes”.

En primer lugar acudiremos al referente básico en derechos humanos de este grupo poblacional. La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo primero, establece que *[p]ara los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

A decir verdad, la definición que este instrumento nos proporciona resulta eficiente para establecer objetivamente a quiénes se dirige dicha Convención. Sin embargo, para los fines del presente documento, y su fundamentación, es necesario indagar un poco más.

Es importante tener en cuenta que la concepción de niño o niña tal como ahora lo comprendemos es en realidad una concepción moderna, que se ha ido desarrollando a través de la historia, pues se han ido visibilizando ciertas características que en épocas antiguas no les eran observadas.

En la actualidad, a diferencia de épocas antiguas, la niñez abarca un periodo más amplio e incluso se ha diferenciado una etapa de transición entre la niñez y la adultez, al que se le ha nombrado “adolescencia”. Esta última cuenta con características especiales de maduración.

Estudios cada vez más profundos en materia de psicología⁶⁵ han

⁶⁴ González Contró, Mónica, *Op. Cit.*, p. 343

caracterizado y demostrado cómo cualquier ser humano en las edades más tempranas de vida posee características y necesidades determinadas y diferentes a las edades adultas.

Un estudio exhaustivo de este tema resultaría por demás interesante; sin embargo, sería material suficiente para otra tesis. Por lo que tomaremos de base lo que la UNICEF señala para el análisis en proceso.⁶⁶

La UNICEF divide en tres las etapas que viven las personas menores de edad. Cada una de estas etapas se distingue por los distintos rasgos socio-psicológicos que van presentando.

a) La primera infancia

Etapla desarrollada entre los 0 y 5 años de edad, decisiva para su desarrollo físico, intelectual y emocional. Se caracteriza por ser una etapa de alta vulnerabilidad y de formación de capacidades y condiciones esenciales de su vida y la formación de su carácter y autoestima. El eje materno es esencial para su desarrollo.⁶⁷

b) Infancia

Es la etapa desarrollada entre los 6 y los 11 años de edad. Se caracteriza por la consolidación de capacidades físicas e intelectuales. Es una etapa esencial para la formación de la identidad y el desarrollo de habilidades de socialización, por lo que los vínculos interpersonales que desarrolle en los entornos fuera de casa son esenciales en este proceso. Es la etapa idónea para la formación de valores y aprendizaje de normas sociales. En esta etapa la formación proviene del eje paterno.⁶⁸

c) Adolescencia

Época de cambios y variaciones físicas y emocionales. Es la transición del niño al adulto. Se caracteriza por la definición de personalidad, de independencia y fortalecimiento de autoafirmación. Rompimiento de creencias y lazos formados

⁶⁵ Psicólogos como Sigmund Freud, Erick Erickson, Jean Piaget y otros han abundado en sus estudios sobre el desarrollo de la niñez. Asimismo corrientes como el psicoanálisis y la teoría Gestalt abundan en la investigación del desarrollo de la infancia.

⁶⁶ <http://www.unicef.org/mexico/spanish/ninos.html>

⁶⁷ *Idem*

⁶⁸ *Idem*

en la niñez, para la construcción de un mundo nuevo. En esta etapa sigue presente la necesidad de contar con guía de adultos, etapa de continuo aprendizaje.⁶⁹

Las características señaladas por UNICEF se refieren tanto al género masculino, como al femenino. Al hablar de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se busca una visibilización, en cuestión de sexo, de las niñas que durante mucho tiempo se han visto envueltas al mismo tiempo en dos grupos en situación de vulnerabilidad que han sufrido una discriminación continua, tanto por la edad, como por el género. Por lo tanto, en un afán de visibilizar, por vía de la igualdad, que ellas también son titulares de dichos derechos, es que se hace mención explícita a ambos sexos.

3.2. Instrumentos Internacionales que los amparan

Desde mediados del siglo pasado los niños y las niñas comenzaron a ser un grupo poblacional identificado de manera diferenciada por las características que poseen en el mundo jurídico, y especialmente en la cultura de los derechos humanos.

Distintos instrumentos de protección de derechos humanos a nivel internacional comenzaron a reconocer jurídicamente sus derechos a través de Declaraciones, Convenciones y Protocolos Facultativos. Antes de revisar aquellos instrumentos que protegen los derechos de niños y niñas, es importante revisar las diferencias entre las Declaraciones, las Convenciones y los Protocolos Facultativos.

Las Declaraciones en general no son jurídicamente vinculantes⁷⁰, es decir este término se usa a menudo para hacer referencia a determinadas aspiraciones que tienen los Estados, sin que sea su deseo obligarse a ellas. Por su parte, las Convenciones o Convenios funcionan a nivel internacional como un

⁶⁹ *Idem*

⁷⁰ Existen Declaraciones que sí vinculan jurídicamente a los Estados porque se constituyen como un tratado internacional, se anexa a un tratado con el fin de interpretar sus disposiciones. Puede también representar un asunto de menor importancia respecto al cual se acuerda formalmente. Es posible que sea una serie de declaraciones unilaterales capaces constituir acuerdos vinculantes. Lo anterior ha sido así reconocido por las Naciones Unidas.
<http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html>

tratado multilateral formal con un gran número de partes. Gozan de fuerza vinculante para aquellos Estados que deciden obligarse en sus términos, y normalmente se celebran impulsados por alguna organización internacional como las Naciones Unidas.

Por último, los Protocolos Facultativos son instrumentos adicionales a un Tratado o Convención en donde se amplían las obligaciones y derechos de la Convención. La firma y ratificación de los protocolos es independiente a la Convención.⁷¹

A continuación se enlistan algunos instrumentos que reconocen derechos de niños y niñas, y establecen reglas, procedimientos o garantías para la protección de los mismos.

Declaración de los Derechos del Niño 1959

Adoptada en Asamblea General de la ONU. Enumera diez principios generales respecto a los derechos de los niños y niñas en los distintos ámbitos de su vida.

Instrumento no vinculante. México, como país perteneciente a la ONU aprobó la presente Declaración en Asamblea General.⁷²

Convenio sobre la edad mínima, 1973 (Organización Internacional del Trabajo: No. 138)

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, en su 58ª reunión adoptó el presente convenio, tomando en cuenta distintos convenios que en ese entonces se encontraban vigentes, respecto a la edad mínima para el trabajo, en distintas ramas. Cuenta con 18 artículos.

No ha sido firmado ni ratificado por México.

⁷¹ <http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html>

⁷² Información tomada del Centro de Información de las Naciones Unidas <http://www.cinu.org.mx/onu/mexico.htm#admission>

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores ("Reglas de Beijing") (29 de noviembre de 1985)

Adoptada por la Asamblea en su 96ª sesión plenaria a través de la resolución 40/33. Cuenta con 30 artículos que enumeran principios respecto a los menores de edad que cometen actos ilícitos y las reglas especiales que deben aplicar para ellos con el fin de proteger sus derechos.

Instrumento no vinculante. México, como país perteneciente a la ONU aprobó la presente Declaración en Asamblea General, Acuerdo 40/33.⁷³

Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia en la adopción y la colocación en lugares de guarda, en los planos nacional e internacional (3 de diciembre de 1986)

Adoptada por Asamblea General en su resolución 41/85. Consta de 24 artículos. Como en su nombre se muestra, esta Declaración enumera principios que deberán ser considerados en los casos de adopción y la estancia de los menores de edad en casa de guarda.

Instrumento no Vinculante. México, como país perteneciente a la ONU aprobó la presente Declaración en Asamblea General, Acuerdo 41/85.⁷⁴

Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989)

Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25. Consta de 54 artículos que enuncian de manera puntual los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes, así como las obligaciones que el Estado guarda respecto

⁷³ Información tomada de la Página Oficial del Centro de Información de las Naciones Unidas <http://www.cinu.org.mx/onu/mexico.htm#asamblea>, y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/5-A-20.pdf>

⁷⁴ Información tomada de la Página Oficial del Centro de Información de las Naciones Unidas <http://www.cinu.org.mx/onu/mexico.htm#asamblea>, y de la página oficial de la Organización de Estados Americanos <http://www.oas.org/dil/esp/Declaración%20sobre%20los%20Principios%20Sociales%20y%20Jur%C3%ADdicos%20relativos%20a%20la%20protección%20y%20el%20bienestar%20de%20los%20niños%20Republica%20Dominicana.pdf>.

a ellos. Asimismo, establece una serie de principios respecto a los cuales se deberán de interpretar los demás derechos reconocidos en la misma.

Instrumento vinculante. Firmado por México en enero de 1990, y ratificado en septiembre del mismo año. Estado: Vigente.⁷⁵

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (14 de diciembre de 1990)

Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/113. Establecen los lineamientos conforme a los cuales se deberá proveer de protección a los menores de edad que han sido privados de su libertad. En la misma se sugiere la creación de oportunidades de educación para fomentar el desarrollo de niños y jóvenes, con especial atención a quienes se encuentran en una situación de riesgo mayor por sus condiciones de vida.

Instrumento no vinculante. México, como país perteneciente a la ONU aprobó la presente Declaración en Asamblea General, Acuerdo 45/113.⁷⁶

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) (14 de diciembre de 1990)

Sugieren la creación de oportunidades de educación para fomentar el desarrollo de niños y jóvenes, con especial atención a quienes se encuentran en una situación de mayor riesgo por sus condiciones de vida. Establece que deben reducirse los motivos y las oportunidades de comisión de infracciones, mejorando las condiciones de vida.

Instrumento no vinculante. México, como país perteneciente a la ONU aprobó la presente Declaración en Asamblea General, Acuerdo 45/112.⁷⁷

⁷⁵ Información tomada de la página oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores. <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

⁷⁶ Información tomada de la página oficial de la CDHDF <http://portaldic10.cd hdf.org.mx/transparencia/index.php?id=norproteccion>, y la CNDH http://www.cndh.org.mx/Instrumentos_Internacionales_Derechos_Humanos

⁷⁷ Información tomada de la página oficial de la CDHDF <http://portaldic10.cd hdf.org.mx/transparencia/index.php?id=nordirec> y de la página oficial de la CNDH http://www.cndh.org.mx/Instrumentos_Internacionales_Derechos_Humanos

Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (Organización Internacional del Trabajo: No. 182)

Adoptado en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Enlista una serie de actividades que son consideradas las peores formas de trabajo, desde una perspectiva de derechos humanos. Entre ellas se encuentran la prostitución, la esclavitud, la venta y tráfico de niñas y niños, su reclutamiento para la realización de actividades ilícitas o que pongan en riesgo su salud y su integridad. El Estado tiene una obligación de prevención y prohibición de las mismas.

Instrumento vinculante. Firmado por México en marzo de 2000, y ratificado en junio del mismo año. Estado: Vigente⁷⁸

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (25 de mayo de 2000, ANEXO I)

El protocolo facultativo es un instrumento jurídico que complementa un tratado o convenio. Es un complemento a la Convención sobre los Derechos del Niño. Contempla las medidas jurídicas que el Estado debe emitir, con el fin de evitar la participación de niñas y niños en conflictos armados.

Instrumento vinculante. Firmado por México en septiembre de 2000, y ratificado en enero de 2002. Estado: Vigente⁷⁹

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (25 de mayo de 2000, ANEXO II)

La finalidad de este protocolo, que se adoptó en la misma fecha que el antes mencionado, es la protección de las niñas y niños frente a un tipo de

⁷⁸ Información tomada de la página oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores. <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

⁷⁹ *Idem*

violación que atenta contra su dignidad, vida y libertad anulando su voluntad, la venta de niños y niñas con fines de prostitución y pornografía.

Instrumento vinculante. Firmado por México en septiembre de 2000, y ratificado en marzo de 2002. Estado: Vigente⁸⁰

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (19 de diciembre de 2011)

Aprobada por Asamblea General en su resolución 66/138 en su 89ª sesión plenaria. Consta de 24 artículos. El presente protocolo versa sobre las comunicaciones que se establezcan con el Comité que vela por los derechos de los niños y las niñas, para que éstas en todo momento protejan el interés superior del niño. Si bien no enuncia derechos como tal de los niños y las niñas, el protocolo habla sobre la parte procedimental para la garantía de sus derechos.⁸¹

Instrumento vinculante. No ha sido firmado ni ratificado por México.

Adicionalmente a nivel internacional existen otros instrumentos, entre Reglas o Directrices, Protocolos, Convenios y Declaraciones, que no serán mencionados en este apartado, pero que buscan proteger distintas áreas de vida de los menores de edad, en materia de trata, laboral, adopción, administración de justicia, etc.⁸²

4. Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño

Tanto los derechos reconocidos a los niños y niñas en la Convención, como las obligaciones que le señala al Estado, se basan en cuatro principios rectores con base en los cuales deben ser interpretados tanto derechos como obligaciones aplicables a niños y niñas.

⁸⁰ *Idem*

⁸¹ Consultada en <http://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/a-res-66-138-spanish.pdf>.

⁸² Para más información sobre todos los instrumentos jurídicos a nivel internacional que amparan estos derechos se puede consultar la página oficial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. http://www.cndh.org.mx/Instrumentos_Internacionales_Derechos_Humanos

Estos cuatro principios generales que han sido definidos e identificados como tal por el Comité de los Derechos del Niño, buscan la protección integral de los derechos de los niños y las niñas, y dirigir la acción estatal para su garantía⁸³. *[S]on la base para que todos y cada uno de los derechos se conviertan en realidad.*⁸⁴

Más adelante, en el siguiente capítulo me detendré a analizar qué es un principio del derecho, cuál es su función, cómo se aplican, en este caso por ejemplo, a los derechos de los niños y niñas. Sin embargo, puedo adelantar un poco señalando que los principios *nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas...*⁸⁵ Las reglas y los principios forman parte del mundo del derecho, del mundo del “deber ser” que proporcionan pautas de actuación para las personas, la sociedad civil y el Estado, pero unas y otras se diferencian por su función específica.

Por ahora bastará con analizar los principios base de la Convención sobre los derechos del niño, su origen e importancia, que son el principio de No discriminación, el Derecho a la vida, la sobrevivencia y al desarrollo del niño o niña, el Respeto por los puntos de vista del niño o niña, y el Principio del interés superior del niño o niña.

4.1. No discriminación

El principio de no discriminación surge directamente del principio general de todos los derechos humanos, el principio de igualdad. Este principio de igualdad se sustancia, a su vez, con dos apartados que buscan tener un impacto en la realidad, a partir del reconocimiento de las diferencias: igualdad formal e igualdad sustantiva.

La igualdad formal se refiere a la igualdad ante las leyes, es decir, que la ley debe aplicarse de manera similar a cada persona, sin importar sus

⁸³ *Observación General Número 5, Medidas generales de aplicación, CRC/GC/2003/5*, Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, párr., 12.

⁸⁴ http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html Consultada en fecha 11 de septiembre de 2013.

⁸⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Turín, Trotta, 1992, p. 110.

características.⁸⁶ Por su parte, la igualdad sustantiva evidencia la realidad al reconocer que las diferencias en la sociedad existen y el trato igual a todas las personas potenciaría la desigualdad. Así, el Mtro. Ricardo Ortega señaló que *[Es posible concluir que un tratamiento diferenciado resulta imprescindible para la protección de ciertos sujetos de derecho, que sin ese trato diferenciado se encontrarían en una situación muy difícil frente a otros sujetos que posean un mayor poder económico o social].*⁸⁷

El principio de no discriminación deriva del primer apartado de igualdad (formal). La discriminación supone un proceso mental valorativo que sostiene la superioridad de un grupo sobre otro y como consecuencia de ello la opresión del inferior.⁸⁸

Cuando afirmamos que los niños y niñas son un grupo en situación de vulnerabilidad, que poseen características diferenciadas y que, por lo mismo, se han encontrado en una situación de inferioridad respecto del resto de la población adulta, entonces reconocemos que es un grupo que ha sufrido discriminación estructural.⁸⁹ En esta discriminación histórica radica la importancia de considerar la “no discriminación” como un principio rector de la Convención.⁹⁰

⁸⁶ Ortega Ortiz, Adriana *et. al. Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación.* Clínica para el análisis de recomendaciones e informes especiales, México, CDHDF, 2011, p. 15.

⁸⁷ Ortega Soriano, Ricardo. *Los derechos de las niñas y los niños en el Derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos.* México, CNDH, 2011, p. 14 y 15.

⁸⁸ Proceso mental de discriminación que Norberto Bobbio describe, tomado del González Contró, Mónica. *Derechos de niñas..Op. Cit.*, p. 307.

⁸⁹ “Existe discriminación estructural cuando el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provocan que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido a su pertenencia a grupos en situación de exclusión sistemática, históricamente determinada: sistemática cuanto persistente y presente en todo el orden social, e históricamente determinada en cuanto a su origen y permanencia en el tiempo.” En Ortega Ortiz, Adriana *et. al. . Op Cit.*, p. 20.

⁹⁰ La Convención sobre los Derechos del Niño es la materialización de la igualdad sustantiva, al reconocer que los niños y las niñas cuentan con características diferentes a los demás que los colocan en una situación de desventaja por lo que requieren de un trato diferenciado que se traduce en reglas y derechos diferenciados que le den las mismas oportunidades a tener una vida digna, con las características que poseen.

A su vez la no discriminación en la Convención insta al trato igual a todos los niños y las niñas, sin tener entre ellos distinciones derivadas de características que posean. La Convención requiere por parte del Estado una igualdad formal respecto a su trato con niños y niñas.

El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala:

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 físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.⁹¹

La Observación General número 5 del Comité de Derechos del Niño señala que este principio puede exigir que se introduzcan cambios en la administración, en la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes discriminatorias frente a niños y niñas. Por otro lado resalta que la no discriminación no implica dar un trato idéntico a todos y todas, haciendo referencia a la igualdad sustantiva, y al reconocimiento de diferencias para lograr una igualdad real.⁹²

4.2. Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del niño o niña

El derecho a la vida, supervivencia y desarrollo es un derecho que le es reconocido a toda persona como un derecho humano. Sin embargo, en el caso de niños y niñas cobra una especial relevancia por su continuo y progresivo desarrollo.

Partiendo del principio de la igualdad sustantiva, es preciso reconocer que los niños cuentan con características que los diferencian de los demás sectores poblacionales. Características con las que cuentan de manera natural en una etapa de su vida todos los seres humanos. Por su parte, esta etapa marca sustancialmente la vida de las personas y resulta determinante de su desarrollo

⁹¹ *Convención sobre los derechos del niño, Op. Cit.*, art. 2, párr. 1.

⁹² *Observación General Número. 5., Op. Cit.*, párr. 12.

y de su adultez.⁹³ La niñez pasa por distintas etapas de desarrollo motriz, cognitivo y emocional, y en cada una de esas etapas los niños van adquiriendo distintas características que definen su personalidad.

Por la especial importancia que reviste el desarrollo de los , niñas y adolescentes y niñas es que este derecho se inscribe como principio de la Convención. Los derechos que tienen las personas en etapa de niñez deben ser protegidos y garantizados a la luz de la protección de su vida, su desarrollo y su supervivencia. Así, cualquier determinación que se tome en torno a un niño o niña deberá prever que sea siempre en atención a su sano y propicio desarrollo y a una vida digna.

La Convención en su conjunto tiene la intención de proteger estos tres aspectos, es decir, todos los derechos y obligaciones en ella enunciados tienen como fin último tutelar la vida de niñas y niños, sin embargo podemos encontrar en la Convención algunos artículos específicos que enfatizan estos derechos.

ARTÍCULO 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado el “desarrollo del niño” en un sentido amplio, entendiéndolo como un *concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño*.⁹⁴ Lo anterior, implica que todos los derechos y cumplimiento de los mismos, deberán buscar que el niño o niña obtenga un desarrollo integral, en todos estos aspectos.

⁹³ Basado en una teoría del Psicoanálisis con las propuestas teóricas de Sigmund Freud. Información tomada de González Contró, Mónica, *Op. Cit.*, capítulo I.

⁹⁴ *Observación General Número. 5. Op. Cit.*, párr. 12.

4.3. Respeto por los puntos de vista del niño o niña

Este principio parte del reconocimiento de todos los niños y niñas como personas dignas de ostentar derechos, pero también el reconocimiento de una capacidad de análisis y decisión que durante mucho tiempo les fue negada. Asimismo, este principio se relaciona de manera directa con la teoría de la autonomía progresiva de los niños y niñas.

El respeto por los puntos de vista del niño y la niña implica necesariamente aceptar que pueden expresar su opinión respecto a los temas que le atañen y ésta deberá ser tomada en cuenta por quien tome la decisión final. Ello no implica que se haga lo que el niño o niña expresen, pues siempre se deberá atender a su interés superior, inclusive cuando sea contrario a lo expresado por ellos.

Es importante tener presente en este principio que la expresión de los puntos de vista del niño o niña será acorde con la edad y el desarrollo que tengan, y que para ello el niño o la niña deberá contar con la información necesaria, con el fin de que expresen una opinión informada.

La Convención expresa el principio en su artículo 12:

ARTÍCULO 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

De acuerdo con la Observación General No. 5, este derecho pone de relieve la participación activa del niño o niña en la protección de sus propios derechos.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño emitió la Observación General No. 12, dedicada al análisis de este derecho. Resulta interesante que dicho documento resalta la importancia de que este derecho sea

observado en los distintos ámbitos y situaciones en las que se desarrollan las y los niños y adolescentes, atendiendo a los roles y papeles que juegan en ellos.

El derecho del niño a ser escuchado debe ser observado en los diversos ámbitos y situaciones en que el niño crece, se desarrolla y aprende. En esos ámbitos y situaciones existen diferentes conceptos del niño y del papel que desempeña que pueden propiciar o restringir la participación del niño en asuntos cotidianos y decisiones cruciales. Existen varias maneras de influir en la observancia del derecho del niño a ser escuchado que pueden utilizar los Estados partes para fomentar la participación del niño.⁹⁵

4.4. El principio del Interés superior del niño

Artículo 3

1.1. 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 la que se atenderá será el interés superior del niño.⁹⁶

El principio del Interés Superior del Niño y la Niña ha sido estudiado e interpretado por distintos juristas, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cortes nacionales, así como por diversos organismos que se han dedicado al estudio y protección de los derechos humanos de niñas y niños. En comparación con los principios antes mencionados, el interés superior del niño no se encuentra expresado como un derecho en sí, sino a manera de directriz, y como todo principio del derecho tiene un ámbito amplio de indeterminación.

La Convención no describe qué se debe entender por el principio del Interés Superior del Niño, ni la forma en que debe ser aplicado, por lo que las distintas definiciones que han se han realizado pueden variar.

¿Cómo definir, entonces, qué significa asegurar el principio del interés superior de la niña y el niño en la interpretación de los derechos reconocidos a su favor? La respuesta no es fácil y, en ocasiones, dependerá incluso de la concepción que se

⁹⁵ *Observación General No. 12, CRC/C/GC/12, El derecho del niño a ser escuchado, Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Ginebra, 2009, párrafo 89.*

⁹⁶ *Convención Sobre los Derechos del Niño, Op. Cit., Art. 3.1*

tenga sobre los derechos de las niñas y los niños, es decir, de si se adopta una visión tutelar o garantista.⁹⁷

En un inicio, parece importante realizar el estudio de los elementos del principio implica, con el fin de analizar con mayor profundidad los elementos que componen la denominación del principio: Interés Superior y Niño.

Interés Superior

Cuando se habla de un interés, no implica necesariamente hacer referencia a los gustos o preferencias que se tengan respecto al tema que se trata. La Real Academia de la Lengua Española define interés como *conveniencia o beneficio en el orden moral o material*. En el caso de los derechos de los niños, niñas y adolescentes el interés es aquella consideración que beneficia al niño o niña garantizando los principios de dignidad, autonomía e igualdad.

Para autoras como González Contró y Jean Zermatten, el interés supone una *consideración primordial* de lo que le genera un mayor bienestar al niño o niña.⁹⁸ El interés, como aquello conviene o beneficia al niño, es determinado a partir de los mismos derechos del niño.

Por su parte, la palabra “superior” es definida por la Real Academia de la Lengua Española como *Que está más alta o en lugar preeminente respecto de otra*. En el caso concreto, el interés superior es aquella consideración o beneficio que goza de mayor fuerza para desplazar a otras consideraciones primordiales.

El interés superior es una idea que se liga a las necesidades que deben ser satisfechas y atendidas en orden de garantizarles sus derechos, resultando ser el más importante *por ser un requerimiento para la vida y el desarrollo y que por tanto puede desplazar otras exigencias, ya sean de otras personas o grupos, e incluso del mismo niño*.⁹⁹

Ambas autoras recién citadas coinciden al observar que el interés superior del niño como principio dentro de la Convención deber ser *una* consideración primordial, mas no *la* condición primordial. Esta precisión implica

⁹⁷ Ortega Soriano, Ricardo. *Op.Cit.*, p. 34

⁹⁸ González Contró, Mónica, *Op. Cit.*, p. 402 y Zermatten, Jean, *El Interés Superior del Niño. Del análisis literal al alcance filosófico*, Francia, Institut International des droit de l'enfant, 2003, p. 5.

⁹⁹ Mónica González Contró, *Op.Cit.*, p, 405.

la posibilidad de que el interés superior del niño pueda verse supeditado frente a ciertas circunstancias que deben ser valoradas.

Este matiz, en efecto, significa que en una situación dada en la que la autoridad (judicial, administrativa o política) debe tomar una decisión, debe acordar una importancia particular al interés superior del niño, aunque este interés no va a aventajarle sistemáticamente sobre todos los otros intereses (de los padres, de los otros niños, de los adultos, del Estado).¹⁰⁰

El objetivo...fue dar cierta flexibilidad al principio, pues...en muchas ocasiones hay otras consideraciones que deben ser tomadas en cuenta con igual peso que el interés superior del niño.¹⁰¹

En apartados anteriores se ha realizado el análisis del concepto de niño, el cual, sin detrimento del análisis antes realizado, consideraremos en términos generales como la Convención lo hace, como *todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*¹⁰²

Partiendo de una visión garantista es posible encontrar distintas concepciones de este principio que nos permitan entenderlo mejor. Parto de entender que el principio del Interés Superior del Niño y la niña constituye un límite a la actuación de los padres y del Estado frente a los niños. *El principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitante, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.*¹⁰³

Cillero Bruñol en adición a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el principio del Interés Superior del Niño y la Niña tiene como finalidad asegurar una efectiva e integral realización de todos los derechos contemplados en la Convención, para lograr que el niño o niña puedan desarrollar sus potencialidades.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Zermatten, Jean, *Op. Cit.*, p. 8.

¹⁰¹ González Contró. Mónica, *Op. Cit.*, p. 404 y 405.

¹⁰² Convención sobre los derechos del niño, *Op. Cit.*, Art. 1.

¹⁰³ Cillero Bruñol, Miguel, *"El Interés Superior del niño en el marco de la Convención Sobre los Derechos del Niño"* en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Comp. García Méndez, Emilio y Beloff M., Bogotá, Temis Depcima, 2004, p. 77

¹⁰⁴ *Idem*

Es especial, Cillero Bruñol indica que para referirnos a interés superior debe estar estrictamente declarado derecho, es decir, sólo lo que ha sido considerado derecho puede ser interés superior.¹⁰⁵

Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.¹⁰⁶

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que en un ámbito jurisdiccional, dicho principio funge como orientador en la actividad interpretativa que se relaciona con cualquier norma jurídica que se vaya a aplicar a niños, niñas y adolescentes en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de los mismos.¹⁰⁷

Asimismo, la Dra. Mónica González se ha pronunciado sobre el principio, como una *disposición paraguas*, siguiendo a Alston y Gilmour-Wash, el cual prescribe que en todas las acciones que conciernan a los niños, niñas y adolescentes, se siga este principio.

La indeterminación del principio que se menciona al inicio de este apartado ha provocado distintas críticas respecto al beneficio que su inclusión en la Convención puede generarle a los mismos derechos de los niños, niñas y adolescentes al momento en que éste deba ser aplicado.

Para González Contró es fundamental responder a la pregunta *¿Cómo se determina el interés superior del niño?* Pues la respuesta podría justificar casi cualquier actuación por parte del Estado, incluso aquellas que atenten contra sus propios derechos.¹⁰⁸

Atender al interés superior del niño de acuerdo a la autora en cuestión significaría atender a aquella necesidad que por su importancia desplaza a otros

¹⁰⁵ *Idem*

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 134.

¹⁰⁷ Registro núm. 162807, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIII, febrero de 2011, p. 616, *Interés Superior del niño. función en el ámbito Jurisdiccional*.

¹⁰⁸ González Contró, Mónica, *Op. Cit*, p. 404.

intereses y consideraciones, incluso del mismo niño, que proteja y ampare la vida y desarrollo del niño o niña.¹⁰⁹

El principio del Interés Superior del Niño y la Niña cumplen con las siguientes funciones de acuerdo con distintos autores como Mónica González, Miguel Cillero y Ricardo Ortega:

NOMBRE	FUNCIÓN
Interpretativa	Esta función está directamente relacionada con el “efecto paraguas” que se mencionó anteriormente. Es decir, debe funcionar como un denominador que permita una interpretación sistemática de todos los derechos humanos de niñas y niños. Garantizar el interés superior del niño implica, de acuerdo con la tesis de Cillero Bruñol, garantizarles sus derechos como un todo integral.
Orientadora de Leyes y Políticas Públicas	El principio del Interés Superior del Niño puede funcionar como un elemento orientador y/o evaluador de las políticas públicas y leyes que se relacionen al tema de niñas y niños, para garantizar el respeto a sus derechos.
Relaciones parentales	Adicionalmente al artículo 3, que estipula la necesidad de atender al interés superior del niño en las decisiones que tome el Estado en relación al niño o niña, existen otros artículos en donde éste se menciona. En general son artículos que regulan las relaciones parentales del niño, y en las diversas situaciones que se pueden presentar, la Convención obliga a buscar el interés superior del niño, como persona individual y no sólo en interés a la familia. El niño adquiere una autonomía a través de los intereses que le deben ser protegidos.
Por la naturaleza del principio y las características que posee, en	

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 405

Mediador de conflictos entre derechos	caso de un conflicto de derechos tiene la función específica de otorgar razones para mediar este conflicto, mediante la determinación de aquella exigencia ética que garantice de mejor manera la vida y desarrollo de la persona en cuestión.
---------------------------------------	--

* Tabla de elaboración propia con información de Miguel Cillero, Mónica González y Ricardo Ortega en sus obras antes citadas.

Aguilar Cavallo concluye respecto del análisis del principio del Interés Superior del Niño y la Niña o Adolescente que está compuesto por múltiples elementos, los cuales deben ser tomados en cuenta necesariamente por los obligados por el principio: padres, sociedad y Estado.¹¹⁰

A manera de conclusión del estudio del principio del Interés Superior del Niño, podemos decir que es ***aquel mandato por medio del cual se deberá interpretar en función del mayor beneficio para el niño o niña a través del cumplimiento integral de sus derechos como una consideración primordial en toda decisión que se tome respecto de él o ella.***

CONCLUSIÓN

El presente capítulo y los conceptos aquí definidos nos servirán de base para la construcción de los siguientes temas. Si bien hemos podido observar que los términos estudiados pueden tener diferentes acepciones, se han recuperado aquellos elementos que resultan más afines para sustentar la titularidad de derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, este apartado nos ha permitido observar que a nivel internacional se han identificado a las niñas, niños y adolescentes como un grupo en situación de vulnerabilidad que debe contar con derechos especiales y focalizados. Estos derechos pertenecen al proceso de especificación de los

¹¹⁰ Aguilar Cavallo, Gonzalo, "El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Estudios Constitucionales*, Año 6, No. 1, Chile, Centros de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 2008. p. 23

derechos humanos, y pretenden definir derechos especiales para las necesidades del grupo que busca proteger.

Estos derechos ya han sido visibilizados y positivizados a nivel internacional. México, por su parte, ha adoptado gran parte de esos instrumentos jurídicos internacionales, entre ellos, el más completo es la Convención sobre los Derechos del Niño, pues abarca los derechos que deberán protegerse en las distintas áreas de vida de niñas y niños.

Terminamos acercándonos a los cuatro principios generales que deberán permear en la aplicación e interpretación de cualquier derecho, entre los que se encuentra el principio del Interés Superior del Niño. Este principio por sus elementos y funciones se ha encontrado con una serie de dificultades que en los siguientes capítulos analizaremos. Sin embargo, ya se ha hecho una revisión general de las implicaciones de éste.

Ahora bien, es importante hacer una revisión de las teorías que sustentan los derechos humanos y el marco jurídico específico que regula el este Principio.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO JURÍDICO

Una vez abordado el marco histórico conceptual, en donde tratamos de dilucidar el origen y significado de los derechos humanos, así como del principio del Interés Superior del Niño y la niña al que se dedicarán los siguientes dos capítulos, será necesario tomar esas bases para el estudio de las distintas teorías que fundamentan la existencia de los derechos humanos. Lo anterior, con el fin de encontrar la justificación misma de los derechos de niñas y niños, basándonos en las reflexiones que ya han elaborado distintos teóricos del derecho.

Comenzaré con las teorías generales y las más importantes (al menos en los fines que persigue el presente proyecto) que fundamentan la existencia de los derechos humanos con las características de cada una, sus elementos y principales exponentes: iusnaturalismo, positivismo y constructivismo, siendo esta última una corriente relativamente reciente que ofrece argumentos interesantes frente a la teoría de los derechos humanos.

El siguiente apartado abordará las teorías de la titularidad de derechos, puesto que la tesis tiene como uno de sus propósitos sustentar que los niños y niñas son sujetos plenos de derecho (titulares), buscaremos entre las teorías de la voluntad y del interés aquellos elementos que nos ayuden a dar el sustento requerido.

Las teorías que se discutirán en éste y el anterior apartado cuentan con múltiples expositores y con la misma cantidad de matices y diferencias, por lo que únicamente se identificarán las características generales que propone cada una, sin abundar en la discusión generada entre juristas alrededor de estas teorías.

Para cerrar este capítulo tomaré los sustentos necesarios de los dos apartados anteriores y daremos los fundamentos legales que en la actualidad reconocen la titularidad de derechos por parte de niñas y niños y dar paso así al tercer capítulo sobre reglas y principios, su aplicación y función.

1. Fundamentación teórica de los Derechos Humanos.

La idea de los derechos del hombre significó una idea que revolucionó la sociedad, sus instituciones y la manera de pensar los problemas éticos, políticos y jurídicos.

-Cruz Parceró, Juan A.-¹¹¹

La existencia o inexistencia de los derechos humanos es un tema que ha importado a los filósofos del derecho desde algunos siglos atrás. El jurista Germán Bidart nos señala en su texto que la razón de que queramos que en el derecho positivo existan derechos humanos es seguramente porque los *valoramos como importantes*, y entonces buscamos algo que los arraigue y les confiera trascendencia.¹¹² Al convertirse los derechos humanos en tema vital para las personas, entonces buscamos darles un sustento teórico que nos explique dicha importancia. Sin embargo, las teorías que buscan explicar este arraigo, como dice Bidart, son sumamente divergentes.

La primera rama iusfilosófica en tratar el tema de los entonces llamados *derechos naturales* es precisamente el naturalismo jurídico o iusnaturalismo, posteriormente y como reacción a esta corriente surgió el iuspositivismo. Ambas corrientes han sido históricamente polémicas, como lo sugiere Cruz Parceró.¹¹³

*Esta polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo se centra sobre el método para definir el derecho, esto es, si el concepto de derecho debe estar determinado según criterios valorativos, o bien, de conformidad a propiedades fácticas o descriptivas.*¹¹⁴

Sin embargo, posteriormente a estas dos corrientes filosóficas, se han venido desarrollando más teorías que buscan dar la misma explicación desde

¹¹¹ Cruz Parceró, Juan Antonio, "La crisis de fundamentación de los derechos humanos en el siglo XIX" Moreno-Bonnet, Margarita y González Domínguez, María del Refugio, *La génesis de los derechos humanos en México*, IIJ, 2006, p. 222

¹¹² Bidart Campos, Germán J., *Aspectos filosóficos de los derechos humanos*. México, IIJ, 1989, p 97

¹¹³ Cruz Parceró, Juan Antonio, *La crisis de fundamentación... Op. Cit.*, p. 222.

¹¹⁴ Bidart Campos, Germán J., *Op. Cit.*, p. 97

distintos puntos de vista, mezclando los elementos ya suministrados o agregando nuevos. Entre ellas se encuentra el constructivismo jurídico, tercera teoría que estudiaremos en esta ocasión.

En el desarrollo de este apartado abordaremos los siguientes aspectos básicos que nos ayudarán a comprender las tres teorías señaladas: origen de la teoría, principales teóricos exponentes y postulados básicos de derechos humanos que implican responder a las preguntas qué son, cuál es su origen, cómo obtienen validez, cuál es su posición jurídica en el mundo del derecho.

Como es natural en la filosofía, cada una de estas tres corrientes cuentan, dentro de sí mismas, con distintas teorías y posturas; sin embargo buscamos los rasgos esenciales y comunes que comparten entre ellas.

1.1. Iusnaturalismo.

Origen

Podemos iniciar el estudio del iusnaturalismo a partir del acuñamiento del término *derecho natural*, cuyo origen ha derivado en distintas versiones. Buscar en la historia del derecho natural como antecedente de los derechos humanos nos remite directamente a Santo Tomás de Aquino quien en su obra “Suma Teológica” (1270) se refirió al término “*derecho natural*” en una explicación, precisamente teológica del mundo. Aquino se refiere al derecho natural en contraposición al derecho del hombre y que implica un hábito, que se sigue de la razón del hombre y es consiguiente de la naturaleza humana y a sus inclinaciones.¹¹⁵

Posteriormente en la obra *Opus nonaginta dierum* (1332), William Ockham vuelve a hacer uso del término cuando en respuesta a una bula papal, en donde se opone a la doctrina de pobreza apostólica de los franciscanos, usurpa el término *ius*, para referirse al poder del hombre “*redefine el término ius*

¹¹⁵ Aquino, Santo Tomás De, *Suma Teológica*, Parte II-IIae-Cuestión 94, consultada en <http://hjjg.com.ar/sumat/b/c94.html>. El estudio de Santo Tomás abarca muchos más aspectos que clarifican el concepto de naturaleza humana desde la visión teológica de ese tiempo, e incluye objeciones y respuestas a su misma propuesta de naturaleza humana.

como un poder que no es concedido por una ley positiva, y lo relaciona de manera directa con la propiedad.”¹¹⁶

Así, el término va adquiriendo un sentido distinto al que usualmente portaba, y en el siglo XVI, a través de la Escuela de Salamanca se estudia el concepto de *moralis facultas*, que se refiere al *ius* que tienen los hijos de ser alimentados, en donde el término se desliga del derecho de propiedad, pues los hijos no tienen dominio sobre los padres.

Es posible ubicar el origen del término *derecho natural* de manera más usual, a partir de Hugo Grocio, ya que en su obra *iure belli ac pacis*, hace referencia a tres nociones de *ius*: a) la ley, b) la justicia y c) *ius* como facultad. Esta última noción implica una cualidad moral perfecta de la persona que le permite tener o hacer algo lícitamente.

Thomas Hobbes desarrolla una explicación sobre la creación de la sociedad civil y refiere al derecho natural como aquello que posee el ser humano de manera innata, que se expresa espontáneamente en un estado de naturaleza, previo a la sociedad civil. Hobbes, a través de su obra *Leviathan* define los *derechos* como la libertad que posee cada ser humano para usar su poder para preservar su vida y para actuar conforme a su propio juicio.¹¹⁷

En el mismo sentido, John Locke defiende la tesis del estado de naturaleza del hombre en el cual ya existen, por sí mismos, los derechos a la vida, libertad y propiedad. La sociedad civil surge para garantizar estos derechos. Este surgimiento tiene como consecuencia la cesión parcial de los derechos naturales del individuo al Estado. La parcialidad tiene su razón de ser en el carácter de “inalienables” de estos derechos primarios. En ese momento los derechos naturales se transforman en derechos contra el poder del Estado y se configuran como un límite a su poder. Si el Estado no respeta estos derechos cabe el derecho de ofrecerle resistencia por incumplir el pacto.¹¹⁸

La teoría lusnaturalista dominó durante los siglos XVII y XVIII, teniendo su

¹¹⁶ Cruz Parceró, Juan A. *La crisis de fundamentación...Op. Cit.*, p. 219.

¹¹⁷ Reseña histórica desarrollada en Cruz Parceró, Juan A., *La crisis de fundamentación...Op. Cit.*, p. 220.

¹¹⁸ *Idem*

mayor expresión en la Declaración Francesa, en cuyo contenido retoma los postulados de John Locke. La Declaración de Virginia de 1776 y la Declaración de Independencia del mismo año, ambas en Estados Unidos reflejan de manera precisa la ideología iusnaturalista y defienden la idea de los derechos naturales que tiene el ser humano.

Estamos en presencia de una teoría que predominó en la historia de la humanidad por siglos, dando sustento y razón al mundo jurídico. En realidad es una corriente filosófica que, si bien ha perdido fuerza por el surgimiento de otras corrientes, hoy en día podemos reconocer que su vigencia persiste a través del iusnaturalismo contemporáneo.

Exponentes

A lo largo de la historia han existido diversos iusnaturalistas que han buscado dar sustento a esta tesis de los derechos naturales, mismos que, posteriormente, se convirtieron en derechos humanos. Sin embargo, dentro del mismo iusnaturalismo, los distintos teóricos han fundamentado sus argumentos en distintos elementos de la naturaleza humana. Algunos naturalistas, los más reconocidos, son los que a continuación se mencionan:

Teórico iusnaturalista	Año	Texto	Corriente iusnaturalista
Santo Tomás de Aquino	1270	Suma teológica	Clásica Aristotélico-Tomista
Hugo Grocio	1625	De jure belli ac pacis.	Escuela Moderna del Derecho Natural
Thomas Hobbes	1651	Leviatán, o La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil	Contractualista-teológica
John Locke	1690	Segundo tratado sobre el	Contractualista-

Teórico iusnaturalista	Año	Texto	Corriente iusnaturalista
Jean Jacques Rousseau	1762	gobierno civil	Teológica
		El contrato social	Contractualista
Immanuel Kant	1785	La metafísica de las costumbres	Racional
John Finnis	1980	Natural Law and Natural Rights	Contemporánea

Postulados básicos

Qué son los derechos humanos.

Para el ius naturalismo universal, pues, por encima del derecho positivo, imperfecto y mutable, hay un derecho natural de carácter universal, el cual constituye el auténtico derecho; el primero sólo podrá ser considerado como derecho válido en la medida que se adecue a dicho derecho natural.¹¹⁹

De conformidad con el iusnaturalismo los derechos surgen de la naturaleza del ser humano, es decir, la única razón válida e importante que te hace portador de derechos naturales es ser persona, ser humano. En lo que difieren las distintas teorías es en la procedencia natural de esos derechos. Algunos otorgan el origen a la naturaleza biológica, otros a una divinidad que otorga los derechos, otros tantos a los valores universales que reconoce el ser humano a través de su razón, etc. Así lo señala el Dr. José de Jesús Orozco

En efecto, la naturaleza de la que se han hecho derivar los principios universales ha sido la naturaleza del cosmos, o bien de la naturaleza de Dios, o de la

¹¹⁹ Orozco Henríquez, José de Jesús, “Los Derechos Humanos y la Polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo”, en Tamayo y Salmorán, Rolando y Cáceres Nieto, Enrique, *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos.*, México, IJ, 1986, p. 27.

sociedad, o de la historia, pero más frecuentemente lo ha sido la naturaleza del hombre como ser racional.¹²⁰

Los distintos iusnaturalistas descansan sus postulados en la salvaguarda de la dignidad humana, de la cual ya hemos hecho un breve análisis en el primer capítulo y del valor de la justicia.

Como he mencionado los derechos naturales, dependiendo de la teoría en particular, son: la vida, la libertad y la propiedad. Derivados de estos derechos que poseemos por el simple hecho de existir, se van atribuyendo y desarrollando otros derechos.

Los derechos naturales, pues *[s]on facultades y poderes innatos al hombre, que los tiene por el solo hecho de serlo y que existirían aun cuando hipotéticamente se aboliera la técnica de regulación y motivación de la conducta humana que es característica del derecho positivo.*¹²¹

Cómo nacen los derechos humanos

Como ya he señalado anteriormente, los derechos derivan de la misma naturaleza del hombre. Su nacimiento pues, se da de manera simultánea al inicio de la vida de cualquier ser humano,

Las distintas teorías que forman parte de la corriente iusnaturalista han establecido distintos rasgos de la naturaleza humana como el origen de donde emergen dichos derechos. Por lo tanto, con ánimo de ser más claros en este ejercicio, mencionaremos, sin ser exhaustivos, algunas teorías y sus postulados respecto al nacimiento de los derechos naturales.

Teológico	Los derechos humanos son otorgados por una divinidad, por lo tanto no pueden ser otorgados o retirados por el hombre, sólo puede y debe acatarlos.
------------------	--

¹²⁰ *Ibidem*, p 28.

¹²¹ *Ibidem*. p. 27

Valores	El derecho natural se traduce en un complejo de valores, o sólo en el valor de la justicia, la justicia es el valor compatible con la naturaleza humana.
Racional	La ley natural, que no es otorgada por ninguna divinidad, sino por la simple naturaleza del hombre, se descubre a través de la razón.

* Tabla de creación propia con información tomada de Bidart Campos.¹²²

Como se puede observar, independientemente del ámbito de donde derivan los derechos, cada teoría termina por conceder a la naturaleza ser el origen de los derechos. Así, la existencia y vigencia de los derechos naturales no depende en lo absoluto de acción alguna por parte del hombre.

Validez

El hecho de que los derechos humanos o naturales deriven de una situación ligada a la naturaleza humana valida su existencia de manera independiente a la positivización de dichos derechos, es decir, en el iusnaturalismo el derecho es válido por su misma naturaleza, sin que para ello interese encontrarse escrito en un instrumento jurídico.

Al depender la validez de aspectos derivados de la condición humana, y no de un acto legislativo, entonces el Estado se encuentra obligado al respeto y protección del mismo sin necesidad de una ley que lo prescriba. Incluso, según el iusnaturalismo, el derecho natural es un derecho jurídico por su misma esencia, y por esa razón debe ser respetado.

Sin embargo, a pesar del hecho de que su positivización no implique su validez, el iusnaturalismo no deja de reconocer la importancia que este acto tiene para la protección efectiva de los derechos humanos. Así lo explica Germán Bidart:

¹²² Información tomada de Bidart Campos, Germán J., *Op. Cit.*, p. 96 y sigs.

[A]un cuando el llamado derecho natural sea capaz de suministrar aplicación directa a casos no previstos ni normados en el derecho positivo, ningún iusnaturalista niega (todo lo contrario) que el derecho natural necesita del positivo para su vigencia, en tanto el primero sólo proporciona criterios o pautas generales, dejando -por otro lado- una vasta serie de cuestiones en terreno de neutralidad para que el derecho positivo las atrape según mejor le parezca y convenga a las circunstancias.¹²³

Por otro lado, existen iusnaturalistas que afirman que las normas, el sistema legal e incluso el mismo Estado son validados de conformidad con la congruencia que guarde respecto a los derechos naturales. Es decir, si una norma o actuación del Estado atenta contra los derechos humanos, entonces este sistema jurídico deja de ser, de manera automática, válido.

Entonces, el derecho positivo tiene un efecto únicamente de reconocimiento frente a los derechos naturales, y dicho reconocimiento es una obligación, mas no una facultad del Estado, para garantizar los derechos. El incumplimiento de esa obligación estatal no implica que todas las personas dejen de ser titulares de los mismos.

El derecho natural se trasvasa al derecho positivo porque con éste y a través de éste ingresa a la dimensión sociológica del mundo jurídico (positivización del derecho natural), y el derecho positivo retiene la naturalidad de los derechos humanos porque da encarnadura al deber ser ideal del valor justicia, o derecho natural...)¹²⁴

Para finalizar se puede decir que

[E]l iusnaturalismo puede caracterizarse por la defensa de dos tesis fundamentales: a) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos; b) que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior.¹²⁵

¹²³ *Ibidem*, p . 109.

¹²⁴ *Ibidem*, p 116

¹²⁵ Nino, Carlos S., *Ética y Derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p . 16.

Ahora bien, es necesario en esta breve revisión de los postulados iusnaturalistas, prestar atención al iusnaturalismo contemporáneo, que si bien recoge los principios básicos del iusnaturalismo, expone argumentos que clarifican los postulados iusnaturalistas, algunos de los cuales señalaremos a continuación.

Una de las tesis que se defienden en el iusnaturalismo contemporáneo es la consideración del derecho natural como una unidad que se compone de un elemento natural y uno positivo. Estos dos sistemas no representan una contraposición ni una disociación, al contrario se complementan.

En ese sentido, el derecho natural no queda como un ideal, como una abstracción que existe únicamente en las ideas, sino que exige un lugar en la historia a través de un sistema jurídico en el que pueda materializarse *[d]e ese modo, ese núcleo básico de derecho natural se va desvelando progresivamente, haciendo suya la historia y las circunstancias que la rodean.*¹²⁶ La positivización complementaria del derecho natural no implica renunciar a las exigencias mínimas de la justicia universal y a la dignidad humana.

En ese sentido, resulta necesario e importante entender cómo se conoce al derecho natural. Esta teoría iusfilosófica plantea que la naturaleza se conoce desde adentro del mismo ser humano, en un ejercicio en el que la razonabilidad práctica está basada en principios inderivados que tienen por objeto los bienes humanos básicos. Son estos bienes humanos los que proporcionan razones para la acción, en principio la dignidad humana y la justicia.¹²⁷

El iusnaturalismo contemporáneo se refiere a la formalización del derecho como una tecnificación de los elementos que integran al mismo derecho natural, es el proceso por medio del cual se le atribuyen elementos al derecho para hacerlo eficaz. Es así que la positivización del derecho o de los derechos naturales es la que configura el sistema de garantías de los mismos derechos.

¹²⁶ Saldaña Serrano, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 66-69.

¹²⁷ Postulado expresado por John Finnis en su obra *Natural law and natural rights*, retomado por Saldaña Serrano Javier, *Ibidem*, p. 70

Por otro lado, el iusnaturalismo contemporáneo defiende el papel del juez como preponderante en la determinación de la justicia, quien debe tomar en cuenta juicios valorativos en cada situación concreta, a través de su función interpretativa en un proceso de determinación. En este proceso debe existir la justicia como límite orientador en el desarrollo del mismo.¹²⁸

1.2. Iuspositivismo.

Origen

El naturalismo jurídico estuvo presente en los filósofos y juristas durante muchos siglos, pasando por varias etapas. Sin embargo, durante el siglo XIX nace una corriente iusfilosófica que pone en entredicho las teorías naturalistas, y propone tesis que sustentan al sistema jurídico por completo en la norma jurídica, en lo escrito por una ley. Esta corriente ha sido denominada Iuspositivismo o Positivismo Jurídico.

Es importante señalar que el Positivismo Jurídico se ubica históricamente en una época en la que la ciencia es imperante para el conocimiento humano. Es decir, durante este siglo existió una tendencia a rechazar toda noción *a priori* que pretenda proporcionar conocimiento, así en el derecho como en cualquier otra materia. Es por ello que las teorías naturalistas comienzan a tener detractores y el positivismo tiene su gran auge.

Los primeros visos de la corriente positivista los encontramos con Savigny y su Escuela Histórica, en donde la teoría a los derechos naturales universales es totalmente rechazada, al relativizar los derechos a cada pueblo, cultura y época.

Las críticas que comenzó a recibir el naturalismo derivaban del carácter ficticio que revestían los derechos naturales sin necesidad de un sustento positivo. Bentham bautizó a los derechos naturales como “*entidades fabulosas*” y negó su existencia, pues la realidad de los derechos se encuentran únicamente en la ley, y lo no establecido en ella es inexistente.¹²⁹

¹²⁸ *Ibidem*, p. 63-77.

¹²⁹ Bidart Campos, Germán J., *Op. Cit.*, p. 117.

Como ya se señaló anteriormente, el siglo en el que se instaura el positivismo se caracteriza por una profunda necesidad de proporcionar un sustento científico y comprobable a todo lo que rodea al hombre. Siendo el derecho un ámbito social de gran importancia, requería fundarse en bases comprobables y no en ideas fabulosas.

En adelante, durante el desarrollo del positivismo jurídico se comienzan a postular teorías que proponen la justificación científica de los sistemas jurídicos, a través de diversos mecanismos.

El siglo XIX para los derechos humanos significó, por un lado, su positivización, esto es, el reconocimiento de los derechos en las constituciones. Sin embargo, las duras críticas contra el iusnaturalismo generaron la idea de que tales derechos sólo son verdaderos derechos en la medida en que sean reconocidos por las leyes, es decir, en tanto sean derechos jurídicos.¹³⁰

Exponentes

Como se ha visto, en la corriente del naturalismo jurídico existe una gran cantidad de teorías que buscan fundamentar con distintos elementos la existencia de los derechos naturales. Pues bien, el positivismo jurídico de igual manera, guarda en él una gama de teorías que a pesar de tener rasgos similares y postulados básicos que permiten ubicarlas como parte del positivismo, presentan diferencias fundamentales en su justificación de la existencia de derechos.

Más difícil de caracterizar resulta, sin embargo, la concepción positivista del derecho, debido a su intolerable ambigüedad, ya que ella hace referencia a posiciones diferentes que a veces nada tienen que ver entre sí, las cuales, en muchos casos, fueron incluso rechazadas por muchos juristas considerados positivistas y, en otros, fueron sostenidas por ciertos iuspositivistas, pero no como parte esencial del positivismo por ellos defendido.¹³¹

De manera similar al apartado del naturalismo, voy a distinguir a los distintos

¹³⁰ Cruz Parceró, Juan A. *La crisis de fundamentación...Op. Cit.* P. 226.

¹³¹ Orozco Henríquez, José de Jesús. *Los Derechos Humanos y la Polémica entre...Op. Cit.* P. 26.

exponentes del derecho positivo jurídico en general, sin pretender ser taxativos, mencionaré a aquellos que han propuesto las teorías que mayor resonancia han tenido a lo largo de los siglos XIX y XX.

Teórico Positivista	Año	Texto
Bentham	1780	An Introduction to the Principles of Morals and Legislation
Hans Kelsen	1934	Teoría pura del derecho
Alf Ross	1961	Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho
H.L.A. Hart	1961	The concept of law

Postulados

Qué son los derechos humanos

Empezaré por señalar que para el positivismo jurídico los derechos naturales no existen. El derecho deriva de la acción directa del ser humano, lo que significa que nada que se encuentre en la naturaleza sin haber sido trabajada por el ser humano puede denominarse derecho. La naturaleza por sí misma no es derecho.

Ahora bien, en relación a los derechos humanos, podemos encontrar dentro de esta corriente, teorías que nieguen por completo la existencia de los derechos humanos, y otras que simplemente nieguen que aquello que no está proyectado en la ley, sólo pueden ser nombrados valores universales.

El positivismo jurídico no tiene como objeto la justificación de la existencia o inexistencia de los derechos humanos. En realidad, esta corriente se caracteriza por mostrar al derecho como una ciencia, tanto en su creación como en su aplicación.

Para ello, juristas como Hans Kelsen o Hart han teorizado sobre la norma, su creación, su validez, funciones y mecanismo dentro de un sistema jurídico. Uno de los objetos de estudio más importantes, relacionados con el derecho

humano, desde el positivismo, es el *derecho subjetivo*.

El derecho subjetivo funciona como una prerrogativa que se encuentra plasmada en un ordenamiento jurídico, que tiene una persona frente al Estado y que le permite accionar el aparato gubernamental para la verificación de dicha prerrogativa. El derecho humano es, si y sólo si, se encuentra contemplado en un ordenamiento jurídico como derecho subjetivo. En tal caso, se convierte en un derecho como cualquier otro, cuya importancia y prevalencia dependerá exclusivamente de la jerarquía que ampare al ordenamiento en el que se encuentra.

Si lo que en filosofía llamamos derechos humanos no son real y esencialmente derechos hasta que ingresan a la positividad, se hace casi inevitable reconocer que el derecho positivo tiene para ellos carácter constitutivo, porque antes son otra cosa distinta, una cosa que no es todavía derecho.¹³²

Antes de que cualquier derecho se encuentre en un ordenamiento jurídico no puede ser considerado un derecho como tal, y después de su contemplación en el sistema, será considerado únicamente un derecho subjetivo.

Para Bentham *el derecho real es la criatura de la ley: las leyes reales alumbran derechos reales*¹³³

Dentro de los distintos niveles de rigidez del positivismo, encontramos teorías tan influyentes como la de Hans Kelsen que llegarían todavía más lejos al afirmar que los derechos existen sólo cuando existe una acción procesal para hacerlos valer ante las autoridades, hablar de derechos en otro sentido sería superfluo e ilusorio.¹³⁴

Cómo nacen los derechos humanos

Lo que los iusnaturalistas han defendido siempre como derechos humanos o derechos naturales, para los positivistas son simplemente una serie de valores universales y principios morales mas no derecho en sentido estricto.

¹³² Bidart Campos, Germán J., *Op. Cit.*, p. 115.

¹³³ Cruz Parceró, Juan A. *La crisis de fundamentación...Op. Cit.*, p. 224.

¹³⁴ *Ibidem*

Los derechos humanos nacen como derechos oponibles al Estado en el momento en que, a través de un proceso legislativo, se constituyen en ordenamiento jurídico. A diferencia del iusnaturalismo, que señala que la positivización de los derechos humanos simplemente tiene un efecto de reconocimiento, para el positivismo jurídico, la colocación de los derechos en el sistema jurídico tiene un efecto de constitución de los mismos.

Lo anterior quiere decir que el Estado no está obligado a respetar ciertos derechos ya existentes, sino que estos derechos o prerrogativas de las personas son otorgados por el Estado al momento de su constitución, y de no existir éstos en el ordenamiento, no hay obligación válida para el Estado.

Para Kelsen...De existir los derechos fundamentales, sólo podrían ser la expresión de normas positivas que establecen obligaciones correlativas en cabeza de personas determinadas...Sólo existen, entendido el derecho como un fenómeno cultural, derechos jurídicos, resultantes de las normas jurídicas.¹³⁵

Validez

Después de la breve explicación de qué son y cómo nacen los derechos humanos en los postulados generales del positivismo, estoy en condición de hacer referencia a la validez de estos derechos.

Sin embargo, antes revisaré los principios morales que, de acuerdo con algunas teorías positivistas, no se identifican como derechos naturales. Como señala el Dr. José de Jesús Orozco

[E]s altamente equívoco sostener que lo que caracteriza al iuspositivismo es la negación de que existen principios morales y de justicia universalmente válidos que puedan ser conocidos por medios racionales y objetivos. Ciertamente es que hay juristas positivistas, como Kelsen y Ross, que sostienen esta última tesis, pues consideran que los juicios morales son subjetivos y relativos, en tanto que sólo expresan los estados emocionales de quienes los formulan...¹³⁶

En ese sentido, Hart considera que si bien la moral y el derecho se pueden complementar o apoyarse, éstos no van necesariamente juntos, por lo que el

¹³⁵ Arango, Rodolfo, *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de justicia y paz*, Bogotá, Norma, 2008, p. 25.

¹³⁶ Orozco Henríquez, José de Jesús, *Op. Cit.*, p. 29.

hecho de que los derechos naturales sean, de origen, derechos morales derivados de la ética, no les otorga el carácter de jurídicos.

Para Norberto Bobbio los derechos humanos no son derechos jurídicos sino valores morales que sólo se vuelven derecho si se positivizan como derechos subjetivos.¹³⁷

[E]n lo que coinciden todos (los positivistas), y es ello por lo tanto lo que es distintivo de su posición común positivista es...en su afirmación de la tesis opuesta de que la identificación del contenido y existencia de un orden jurídico positivo debe basarse exclusivamente en circunstancias fácticas ...sin recurrir a consideraciones valorativas¹³⁸

Puedo entonces concluir que cuando los hombres imprimen positividad a los derechos están haciendo simultáneamente dos operaciones: reconociendo aquella instancia previa de deber ser, y en seguimiento de la misma constituyendo en positivos a los derechos que, hasta ese momento, no eran realmente positivos (más que naturales, morales).¹³⁹

Por ende, la validez de los derechos radica únicamente en su constitución en un ordenamiento válido dentro de un sistema jurídico, y la validez del ordenamiento depende del procedimiento de su creación.

1.3. Constructivismo.

Origen

Posterior al positivismo jurídico se puede encontrar diversas teorías que intentan justificar la existencia del derecho, muchas de ellas pueden estar consideradas como positivismo jurídico, muchas otras adquieren distintas denominaciones, con o sin fuerza dentro del derecho. Sin embargo, ahora nos referiremos a una teoría que muchas veces ha sido considerada como la renovación del ius naturalismo, en los siglos XX y XXI, sin embargo ha adquirido matices que la distinguen. En esta ocasión la estudiaré como una tercera corriente, con

¹³⁷ Cruz Parceró, Juan A., *La crisis de fundamentación...Op. Cit.*, p. 227

¹³⁸ Nino, Carlos. S. *Ética y Derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires. Astrea, 1984, p. 16.

¹³⁹ Cruz Parceró, Juan A., *La crisis de fundamentación...Op. Cit.*, p. 227

postulados que, a nuestro parecer, son los que fundamentan de manera más clara, real y equilibrada la existencia de derechos humanos.

Inicio descifrando qué se entiende por “construcción” para que haya un entendimiento más pleno de la teoría. De acuerdo con la jurista Silvina Pezzetta:

Por construcción se entiende aquí a la restringida actividad de sujetos definidos o definibles, de discutir sobre razones morales con un trasfondo de realidad diferenciada; y este diálogo constructivo puede servir como forma de conocer racionalmente el material ético como para constituirlo.¹⁴⁰

El constructivismo como corriente filosófica no nace en el derecho, al menos de manera particular. Se identifica a John Rawls¹⁴¹ como precursor del constructivismo a través de su teoría de la justicia, a mediados del siglo XIX. Su propuesta principal es la construcción de un sistema de justo por parte de la sociedad con ciertos elementos que garantizarían el beneficio de los derechos individuales, colectivos, sociales y económicos justos, es decir incorpora convicciones particulares y principios sustantivos generales.

Derivado de la teoría que Rawls propone, Carlos S. Nino retoma el constructivismo y propone un constructivismo ético que busca justificar la validez y existencia de los derechos humanos.¹⁴² Sin embargo, *el constructivismo ético es un movimiento compuesto por autores provenientes de diferentes escuelas que tienen en común la predicación de la ética como producto del consenso.*¹⁴³

¹⁴⁰ Pezzetta, Silvina. “Notas sobre el constructivismo en la teoría trialista del Derecho” en *Investigación y Docencia*. No. 40. p. 86.

www.centrodefilosofia.org.ar/InvestigaciónyDocenciaNo.40

¹⁴¹ La teoría de la justicia es la obra en el que se identifican de manera más clara los elementos que John Rawls propone desde un ámbito constructivista para la creación de una sociedad justa, basada en dos principios: la prioridad de la libertad y el principio de diferencia. Y agrega elementos como la razón práctica y el velo de la ignorancia que son claves para que las personas, desde una posición originaria puedan construir su propio sistema, generando así un sistema equitativo de cooperación y homogeneidad.

¹⁴² Llamas Figini Laura. “La herencia rawlsiana en el constructivismo de Carlos Nino.” en *A paste rei, una revista de filosofía*, No. 49, Enero, 2007, p. 6

¹⁴³ Pezzeta, Silvina, *Op. Cit.*, p.81

Ahora bien, el constructivismo ético es considerado una teoría meta ética, como una *consideración crítica sobre la justificación de tales principios y normas (la ética) y sobre la naturaleza de sus enunciados*.¹⁴⁴

En ese sentido, los autores Nino, Pezzetta y Benfeld hacen referencia al constructivismo ético, en sus palabras, como una concepción meta ética que justifica de manera racional los juicios y normas morales.¹⁴⁵ Benfeld en especial señala que son dos las características con las que se diferencia al constructivismo ético de otras teorías:

1. Intenta justificar los principios y normas morales desde un determinado punto de vista de la razón práctica
2. Apela a un procedimiento de construcción de los principios y normas morales, un procedimiento que pretende una objetividad normativa.¹⁴⁶

Exponentes

Al ser una corriente relativamente nueva, no cuenta con tantos exponentes como las otras dos corrientes, sin embargo los siguientes filósofos señalados han realizado grandes aportaciones a corriente del constructivismo ético.

Teórico Constructivista	Año	Texto
John Rawls	1975	Una teoría de la justicia
Carlos S. Nino	1989	Ética y derechos humanos
Ronald Dworkin	1987	Derechos en serio

¹⁴⁴ Benfeld E., Johann S. "El constructivismo ético en Justice and Fairness", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte. Año 19, No 2, 2012, p. 85.

¹⁴⁵ Nino, Carlos. S. *Ética y Derechos humanos...Op. Cit.*, p. 91, Pezzeta, Silvina, *Op. Cit.*, p. 85 y Benfeld E., Johann S., *Op. Cit.* p. 86 y 87.

¹⁴⁶ Benfeld E., Johann S., *Op. Cit.*, p. 86 y ss. Benfeld realiza un estudio y análisis del proceso deliberativo que se lleva a cabo en el constructivismo ético, las características de esta deliberación, los sujetos que participan y el método que se utiliza. Posteriormente analiza la teoría de John Rawls como teoría constructivista.

Teórico Constructivista	Año	Texto
Häbermass	1981	Teoría de la acción comunicativa
Reiner Forst	2012	El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos.

Postulados Básicos

Qué son los derechos humanos

Las teorías constructivistas conciben a los derechos humanos como pretensiones fundamentales o demandas recíprocas ¹⁴⁷, legítimas e incuestionables universalmente, construidas a partir del diálogo racional entre seres humanos.

Los derechos humanos son principios morales que rigen en la sociedad, el Estado y el mundo, que son respetadas y acatadas por los seres humanos debido a que su constitución y aceptación deriva de la discusión y acuerdo de los mismos. ¹⁴⁸

Los argumentos para aceptar o negar la existencia de estos derechos son la consecuencia de las razones y justificaciones que se den para una u otra decisión. Así, la existencia y vigencia de los derechos humanos están directamente relacionados con las justificaciones que se esgriman en uno u otro sentido, y estas justificaciones han sido adoptadas por todo los seres humanos.

[L]as acciones y decisiones, como aquellas que se toman respecto de problemas constitucionales, no pueden ser justificadas sobre la base de normas positivas tales como la constitución histórica, sino sólo sobre la base de razones

¹⁴⁷ Así lo describe Reiner Forst en su texto *El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos*, cuando da sustento a su teoría sobre el derecho a la justificación como un derecho básico, p. 35.

¹⁴⁸ Las teorías que defienden este tesis parten de la idea de acuerdos y discusiones hipotéticas. Es decir, en realidad no buscan describir un hecho probable o posible en la historia, sino dar una explicación racional que pueda sustentar sus postulados, sin pretender que haya sido un hecho real.

autónomas, que son, al fin de cuentas, principios morales. Presumiblemente aquellos principios morales establecen un grupo de derechos fundamentales.¹⁴⁹

Cómo nacen los Derechos Humanos

El nacimiento de los derechos humanos se da en el contexto de una sociedad constituida por personas racionales con capacidad de cuestionarse y expresar argumentos que den respuesta a esos cuestionamientos, pues las respuestas que han obtenido hasta el momento no les han sido suficientes. El surgimiento de los derechos humanos se da en el marco de una sociedad que considera que ha sido tratada con injusticias como miembros de su sociedad y como seres humanos.¹⁵⁰

Los derechos humanos surgen pues de una demanda de las personas en su sociedad, la demanda de ser respetado. Y vinculado a lo que vimos en el primer capítulo en la definición de derechos humanos, de no ser vulnerado en su dignidad personal.

De acuerdo a la teoría constructivista de Reiner Forst, el surgimiento de los derechos humanos requiere, de manera inevitable, la existencia y reconocimiento de un derecho básico, que como su denominación lo señala, funciona como base para la existencia de los derechos humanos; razón por la cual no es considerado un derecho humano: el derecho a la justificación.

El derecho a la justificación¹⁵¹ entonces es considerado un derecho moral cuyo nacimiento es independiente de los demás derechos.¹⁵²

¹⁴⁹ Tomado de Llamas Figini, Laura, *La herencia rawlsiana*, Op. Cit., p. 7 (Nino 1996, p.70)

¹⁵⁰ Forst, Reiner, "El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos" en *Estudios Políticos*, Medellín, No. 26, Enero-junio, 2005, p. 35

¹⁵¹ El derecho a la justificación deriva de una teoría que postula Reiner Forst en la cual basa su construcción de derechos humanos. Es un derecho moral que no impone los derechos humanos, sino que da la pauta y pone las condiciones necesarias para que los seres humanos puedan discutir y dialogar sobre su situación, y exponer las razones necesarias para tomar ciertas decisiones en su sociedad. El derecho a la justificación da pie para la existencia pero también para la inexistencia de los derechos humanos.

¹⁵² Forst, Reiner, *El derecho básico a la... Op. Cit.*, p. 35

Resulta pertinente resaltar el reconocimiento de la autonomía que esta teoría le da al ser humano, pues esta autonomía resulta la base para la generación de un diálogo entre las personas de esta sociedad cansada de injusticias. Así lo establece Robert Alexy cuando se refiere al diálogo que se genera entre personas racionales *[s]í, además, conduce el discurso con seriedad, entonces reconoce al otro como autónomo. Reconocer al otro como autónomo significa reconocerlo como persona. Pero las personas tienen un valor y una dignidad. Con ello nace en la naturaleza discursiva del hombre un sistema de conceptos que en primer lugar se corresponden con nuestra necesidad de competencias discursivas, que en segundo lugar tienen un significado normativo...*¹⁵³

Reconocer la autonomía de la persona da pie a que entre seres autónomos se cree un diálogo, un ejercicio discursivo que se encuentra legitimado por el derecho a la justificación. Forst lo manifiesta como personas morales que deciden de conformidad con las razones que surgen de un diálogo concreto con otros.¹⁵⁴

El derecho a la justificación sólo es el piso sobre el que está parado todo ser humano y que le permite entablar diálogo con otros seres humanos y postular sus razones. Pero *“en la medida en que las acciones son justificadas con referencia a normas...deben estar basadas en razones aceptables.”*¹⁵⁵

Esas razones aceptables como juicios morales verdaderos, en tanto es *consentido en circunstancias definidas por propiedades fácticas de índole genérica, por un principio público que sería aceptado como justificación última y universal de acciones por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes.*¹⁵⁶

A este respecto, Alexy señala que el constructivismo tiene de manera simultánea un carácter racional y uno universal y sin ello, los derechos humanos no son posibles.¹⁵⁷

¹⁵³ Alexy, Robert, “¿Derechos Humanos sin metafísica?” en *Revista Doxa*, No. 30, 2007, p. 247

¹⁵⁴ Forst, Reiner, *Op. Cit.*, p. 35

¹⁵⁵ *Idem*, p. 40

¹⁵⁶ Llamas Figini Laura, *La herencia rawlsiana...Op. Cit.*, p. 7.

¹⁵⁷ Alexy, Robert, *¿Derechos Humanos sin metafísica?...Op. Cit.*, p. 247 y 248.

El diálogo busca construir una estructura social y moralmente legítima que funcione en esa comunidad y como surge de sus mismos argumentos, deben ser capaces de reconocer dicha estructura con las instituciones que de ella deriven, atribuyéndoles el carácter de legítimas, propias y apropiadas.¹⁵⁸ El discurso los lleva a una moral central, que por su misma construcción no puede ser negada razonablemente por ninguna persona.

Cuáles son los derechos humanos depende, precisamente de las razones que cada comunidad otorgue para su reconocimiento. Nino señala que no se trata de conocer o desconocer los derechos humanos, sino de determinar cuáles son esos derechos, cuál es el alcance que deben de tener y todo ello sólo puede realizarse a través de la discusión.¹⁵⁹

De tal modo que el diálogo construido *...muestra a la moral y, por lo tanto, a las instituciones que de ella derivan -como los derechos humanos- como una creación humana que no es de ningún modo arbitraria sino que está condicionada por sus funciones sociales distintivas y por los presupuestos conceptuales a través de los cuales las identificamos.*¹⁶⁰

Validez

La validez de los derechos humanos es moral, y depende de la fundamentación que se realice durante el diálogo, mediante una justificación racional. Alexy dice que la validez de los derechos humanos es su existencia.¹⁶¹

La justificación racional de los derechos humanos busca evitar un relativismo y ello los dota de validez.¹⁶² Lo anterior se debe a que

Una norma debe ser capaz de probar, en un discurso, su validez frente a aquellos participantes que son precisamente quienes la aceptan y son afectados por ella en casos morales relevantes...la validez significa que no hay razones morales significantes que hablen en contra de la corrección de la norma.¹⁶³

¹⁵⁸ Forst, Reiner, *El derecho básico a la justificación:...* Op. Cit., p. 34.

¹⁵⁹ Nino, Carlos S., *Ética y Derechos humanos*, Op. Cit., p. 6.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 24.

¹⁶¹ Alexy, Robert. *¿Derechos Humanos sin metafísica? ...Op. Cit.*, p. 249.

¹⁶² Llamas Figini Laura, *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁶³ Forst, Reiner, *Op. Cit.*, p. 34.

Dos elementos resultan seriamente importantes para la validez de estos derechos:

- **Universalidad:** La discusión racional nos lleva a aceptar principios morales que aplican para la protección de todas las personas, y salir del sistema de injusticias que se vive.
- **Reciprocidad:** Los derechos se respetan para uno mismo, pero también para los demás, del mismo o de otro Estado.

Es pues, la universalidad un presupuesto de validez en cuanto deriva de un discurso constructivista.¹⁶⁴

Ahora bien, siguiendo a Forst, derivado del nacimiento de los derechos humanos en el diálogo constructivo en una sociedad, por personas en su calidad de humanos y de ciudadanos, estos derechos deben ser *asegurados y garantizados como derechos vinculantes*.¹⁶⁵ En ese orden de ideas, el constructivismo no se encuentra peleado con la positivización de los derechos humanos, al contrario la juridicidad de los derechos humanos fortalecen su validez y aseguran su protección por parte del Estado.

*La circunstancia de que los derechos humanos consistan en instrumentos creados por el hombre no es incompatible con su trascendencia para la vida social.*¹⁶⁶

La relación de Estado con derechos humanos es una relación que Forst define como *de mutuo reconocimiento*¹⁶⁷. El Estado se encuentra en una posición horizontal y no vertical en donde a través de la justificación de los derechos el Estado confiere estos derechos.

Por otro lado, los derechos humanos funcionan, de manera similar a algunas corrientes naturalistas, son una medida para la validez de las normas jurídicas. Para el constructivismo, los principios morales construidos no necesariamente deben ser traducidos literalmente en los derechos positivos, sino existe un deber de protegerlos y garantizarlos. Por lo que *[/]os derechos*

¹⁶⁴ Forst, Reiner, *Op. Cit.*, p 43.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 47.

¹⁶⁶ Nino, Carlos S., *Ética y Derechos humanos...Op. Cit.*, p. 5.

¹⁶⁷ Forst, Reiner, p. 49.

*humanos en cuanto derechos morales no sólo no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado.*¹⁶⁸

Alexy agrega a este respecto que si bien la positivización de los derechos coadyuva a generar un mayor respeto de los derechos humanos, no resulta necesario ni suficiente para ello, puesto que su ausencia no afecta de manera alguna la ilegitimidad de las normas y las decisiones que las desconozcan, y la presencia de las mismas no exime de la necesidad de que se recurra a argumentos morales para dar alcance a estos derechos.¹⁶⁹

Otra característica de los derechos humanos positivizados es la inviolabilidad de las mismas, respecto a las cuales Forst refiere que:

La probada "inviolabilidad" normativa de esos derechos, así como su función de instrumentos para asegurar pretensiones individuales no rechazables, se expresa en su formulación como derechos legales positivos vinculantes, que protegen a las personas como personas jurídicas.¹⁷⁰

En ese sentido, desde el constructivismo traducir los derechos humanos a derechos positivos permite fortalecer, a manera de mecanismo de protección, los derechos construidos a través del diálogo, sin embargo, la positivización no implica una condición de existencia de los mismos.

Hasta este momento he hecho una breve síntesis de las distintas corrientes que fundamentan los derechos humanos y sobre la titularidad de estos derechos. Ahora bien, es necesario revisar si la fundamentación de las corrientes iusfilosóficas revisadas en un inicio son compatibles con la consideración de niñas y niños como sujetos de derechos.

Desde una perspectiva naturalista, y de acuerdo con sus postulados más generales, podríamos afirmar que niños y niñas, por el simple hecho de ser personas y atendiendo a los valores de justicia y dignidad, poseen de manera natural, derechos humanos de manera indiscutible y los mismos deberán serles

¹⁶⁸ Alexy, Robert. *¿Derechos Humanos sin metafísica? ...Op. Cit.*, p. 239.

¹⁶⁹ *Ibidem* p. 47

¹⁷⁰ Forst, Reiner, *Op. Cit.*, p. 46.

reconocidos y respetados independientemente de su inclusión en el texto normativo.

Un enfoque positivista en su lugar, condicionaría el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derechos, a la inclusión de esta premisa en un texto normativo. Es decir, se les asumiría como titulares de derechos si, y únicamente si, la ley así lo señalara e indicara los mecanismos para hacer efectivo ese derecho. En caso de no encontrarse la regla, principio o derecho dentro del sistema jurídico, entonces nos encontramos ante una situación de inexistencia de los derechos que no es discutible. En este supuesto, se debería pensar en los derechos subjetivos y la capacidad que se les reconoce para exigir y ejercerlos.

Tomar una postura constructivista nos obliga a partir del principio de justificación, comenzar un diálogo en el que, por medio de argumentos, tomemos una postura que defina el carácter que tienen niños y niñas frente a los derechos. Ello implica que, una vez que este diálogo haya construido una teoría que justifique la postura, entonces sea así considerado de manera universal.

En ese sentido y si nos adherimos a esta última postura iusfilosófica entonces es necesario acercarnos a las teorías que hablan sobre la titularidad de derecho para adquirir mayores argumentos a favor de la tesis que se busca defender.

2. Teorías clásicas sobre la identidad de derechos humanos

2.1. Teorías de la voluntad y el interés

Una vez distinguidas las características generales de las tres corrientes que buscan fundamentar la existencia de los derechos humanos, podemos vislumbrar que, independientemente de la teoría a la que nos apeguemos, la positivización de los derechos humanos resulta un hecho de especial importancia, pues la validez del derecho siempre se va a ver reforzado al estar inserto en un sistema jurídico.

Referirse a derechos humanos positivizados o derechos fundamentales nos sitúa en el terreno de los derechos subjetivos, cuyo estudio ha derivado en la necesidad de argumentar la titularidad de los mismos. Por otro lado, el fondo del problema a resolver en esta tesis implica la demostración de la titularidad de derechos humanos por parte de niños, niñas y adolescentes, la cual les ha sido negada por algunas teorías.

Ahora se verán dos teorías que han trascendido en el mundo jurídico que justifican a través de diversos elementos la titularidad de derechos. Nos referimos a la Teoría de la Voluntad y a la Teoría del Interés. La siguiente tabla muestra los elementos esenciales que cada teoría requiere como indispensables para otorgar la titularidad de derechos.

TEORÍA DE LA VOLUNTAD	TEORÍA DEL INTERÉS
Sólo quien tenga una agencia moral puede ser titular de derechos. Es decir, que tenga capacidad para expresar su voluntad.	Los derechos subjetivos son herramientas para proteger y promover los intereses de otras personas. ¹⁷¹
Los derechos confieren dominio a su titular, sólo quien sea agente moral podrá tener dominio sobre derechos morales.	Los derechos son beneficios dados por un principio o exigencia de razonabilidad práctica.
Sólo quien tenga capacidad de actuar intencionalmente puede ser titular de derechos.	El titular debe ser capaz de tener un interés, el mismo que va a ser protegido y promovido.
Ser moralmente responsable y activar u omitir su derecho por razones morales	Los derechos son de distintos tipos, sin embargo una de las categorías de derechos son aquellos en el cual el titular

¹⁷¹ Algunos juristas que apoyan la teoría del interés sostienen que la titularidad de derechos requiere de la tesis de la correlatividad, es decir el beneficio de la promoción de los intereses de una persona deben recaer en la obligación de otra para cumplimentarlos. Sin embargo, otros teóricos que defienden la teoría del interés, muestran algunos derechos para los cuales no se requiere de manera forzosa una obligación correlativa, ésta es la postura de Neil Mc Cormick.

	tiene la libertad de hacer o no hacer.
Sólo se puede hablar de derechos si éstos quedan a discreción del titular de los mismos.	Requiere de una noción de interés estrictamente objetiva, que deriva de la consideración general de un interés y no de intereses particulares.
El titular debe poder ejercer su libertad de elección, como elemento imprescindible para tener un derecho.	Los derechos se consideran fines en sí mismos, y no elementos para cumplir con otro fin.

** Tabla de realización personal, con información de González Contró, Mónica.¹⁷²

Resulta importante señalar que ambas teorías cuentan con un sin fin de ramificaciones que muestran algunas diferencias entre sí, sin embargo la tabla muestra los rasgos elementales en los que se basa cada teoría. De ello, lo que más importa en el sentido de la presente propuesta es el elemento o requisito elemental que piden de las personas para poder considerarlas titular de un derecho.

En el caso de la teoría de la voluntad se trata de una capacidad de expresar la voluntad, la capacidad de externar su libertad de elección para activar o no su derecho en cuestión. *Los derechos son considerados instrumentos para promover la libertad o autonomía.*¹⁷³ Lo importante de esta característica que exigen las teorías de la voluntad es que al ser la realización de un derecho una cuestión volitiva, entonces no hay forma alguna de obligar a otra persona a su realización.¹⁷⁴

Respecto a las teorías del interés González Contró nos señala que *...la teoría del interés centra su atención en el elemento sustancial que se refiere al*

¹⁷² En el capítulo III, *El niño y las teorías de los derechos subjetivos*, del libro que se ha citado numerosas veces en este trabajo, *Derechos de Niñas, niños y adolescentes. Una propuesta de fundamentación teórica*. La Dra. Mónica González realiza un análisis de ambas teorías, con base en diversos autores, explicando las características que cada teoría propone, las diferencias de ambas. En realidad, divide el estudio de estas teorías en las teorías voluntaristas y las no voluntaristas, así como la teoría del liberacionismo. La recopilación y síntesis que ella realiza resulta sumamente útil para los fines de este trabajo.

¹⁷³ González Contró, Mónica. *Derechos de niñas, niños y adolescentes... Op. Cit.*, p. 208.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 213.

*fin práctico, la utilidad, ventaja o ganancia que ha de ser proporcionada por el derecho...*¹⁷⁵ Con esto quiere decir que los intereses a los que se refieren los juristas en esta teoría, es aquello que se considera provechoso para los miembros de una clase a la que atribuyen dicho derecho, por lo que no es potestad de cada persona el accionarlo u omitirlo.

2.2. Implicaciones en los derechos de los niños, niñas y adolescentes

En relación a lo anteriormente expuesto a continuación exploraremos cuál es el papel en el que se sitúan y niñas en cada una de las teorías respecto a los derechos subjetivos y por ende a los derechos fundamentales.

Las teorías voluntaristas niegan de principio que las niñas y los niños tengan autonomía, lo que de inicio los desliga por completo de una titularidad de derechos, pues al no tener autonomía no hay posibilidad de que externen su voluntad, ello impide el dominio sobre un derecho. Lo anterior no implica que los voluntaristas no reconozcan que niños y niñas tienen que ser protegidos, en realidad esta teoría otorga a los padres ciertos derechos y obligaciones que tienen como finalidad la protección de los menores de edad.

Para los voluntaristas es importante recalcar que no existe necesariamente una correlatividad entre un derecho y una obligación, por lo que el hecho de que los papás tengan la obligación de cuidar a sus hijos, no es sinónimo de que los hijos tengan un derecho, pues no tienen una capacidad de elección frente a esa situación.

Las teorías voluntaristas son incapaces de sustentar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues en primer lugar éstos son en su mayoría de cumplimiento obligatorio, por lo que desde esta perspectiva no pueden ser considerados como derechos. Pero además, los partidarios de esta teoría asumen tácitamente que los menores de edad carecen de autonomía de la voluntad. El problema es que la mayor parte de estas teorías parten de un concepto de autonomía que no resulta muy claro, pues presentan descripciones genéricas y con base en elementos internos que son difíciles de evaluar objetivamente.¹⁷⁶

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 206.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 215.

Por su parte, los teóricos del interés sí otorgan a los niños y niñas la titularidad sobre sus derechos. El único requisito es tener un interés que deba ser protegido, sin importar la capacidad de elección sobre el mismo, este interés debe derivar en la imposición de obligaciones para otros que pueden ser reclamables por sí mismos o a través de un tercero que represente dichos intereses.

Sin embargo, las teorías que han defendido la titularidad de derechos por parte de niños y niñas han mostrado a través de sus tesis, posturas que implican una visión tutelar frente a los niños, niñas y adolescentes. Estas teorías aceptan que los niños y niñas tienen derechos porque hay intereses que hay que proteger, pero no porque niños y niñas cuenten con autonomía. Al no reconocer la autonomía en niños y niñas, entonces los intereses son definidos por terceros que cuenten con autonomía, y lo que representan es lo que estos adultos creen que son los intereses de niños y niñas.¹⁷⁷

En términos pragmáticos ambas teorías terminan protegiendo a los niños, niñas y adolescentes y algunos de sus bienes más preciados, por obligación o a través de un paternalismo, la diferencia radica en las formas de hacer y las razones que subyacen a las acciones. Sin embargo, ninguna de las dos teorías subsanan uno de los problemas que, a nuestro parecer, hoy presenta la disposición de los derechos por parte de niños, niñas y adolescentes, y es precisamente su participación activa en el ejercicio de los mismos.

De la exposición anterior se puede observar que existe entre ambas teorías un rasgo común que niega la titularidad de derechos de los niños y niñas o les sitúa en una posición de incapacidad, frente a la que los obligados juegan un papel proteccionista, este rasgo común es la falta de autonomía. La existencia o inexistencia de la autonomía en niños y niñas será un tema que se tratará en el cuarto capítulo. No obstante, es importante señalarlo para poder comprender por qué estas teorías no podrían respaldar la titularidad de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 224.

Existe una pequeña variante que se suma a las teorías del interés que busca superar los problemas de paternalismo que ésta presenta y es expuesta por González Contró.¹⁷⁸ Lo que ella propone a grandes rasgos es objetivizar el interés, quitando el juicio hipotético o adultismo¹⁷⁹ a partir del concepto de necesidad. Es decir, en lugar de interpretar el interés que le asiste a un niño o niña cuando por sí sólo no puede hacerlo, se deberá atender a la satisfacción de sus necesidades.

Esta postura, de acuerdo con González Contró, no admite discrecionalidad ni libertad de elección, pues todas las personas tienen necesidades que deben ser cubiertas y a éstas se les protegerá. Sin embargo, su teoría agrega un elemento que fortalece la titularidad de derechos pues sostiene que una necesidad del ser humano es la autonomía y ésta deberá ser protegida y promovida para que con su desarrollo progresivo el derecho pueda ser ejercido por cada uno.

Este criterio tiene la ventaja de que puede dar lugar a una concepción normativa de la persona moral basada en una apreciación intersubjetiva de la realidad que parte del valor de la vida y realización humanas, y que no requiere de métodos que planteen condiciones ideales en los cuales el individuo puede decidir el contenido de sus intereses, sino que se deriva de un enfoque interdisciplinario en el que de acuerdo con las características de cada una de las etapas de la infancia, se determinan las necesidades.¹⁸⁰

Esta teoría subsana las deficiencias y errores en los que, a nuestra consideración, cae la teoría del interés al defender la titularidad de derechos de niños y niñas, pues incluye como parte fundamental de su propia teoría el reconocimiento de autonomía en niñas y niños, y a su vez elimina los rasgos proteccionistas que son intrínsecos a la teoría del interés, sin descuidar por ello a niños y niñas en sus primeras etapas de infancia.

¹⁷⁸ Después de las críticas a las teorías del interés por su carácter paternalista, y un análisis de los distintos juristas que han tratado de sustentar la titularidad de derechos de niños y niñas a través de diferentes explicaciones sobre sus intereses y las características de los derechos de los mismos, hace una propuesta que busca derrocar las barreras de las tesis del interés.

¹⁷⁹ Términos que establecen Campbell y Mónica González para referirse al proceso por medio del cual los adultos suponen y asumen los intereses de los niños en una clara posición paternalista, y a los que se refiere González Contró en su obra.

¹⁸⁰ González Contró, Mónica, *Derechos de niñas, niños y adolescentes.... Op.Cit.*, p. 254

Hasta este momento con todas las teorías antes analizadas es posible acumular una serie de argumentos que nos permitan fundamentar que tanto niños y niñas como adolescentes son titulares de derechos, pues tanto la teoría constructivista como aquella que atiende al interés para conceder la titularidad de un derecho, a través de la tesis de las necesidades permite concederles derechos y mecanismos para ejercerlos. Cabe señalar que existe un elemento que es indispensable analizar, la autonomía progresiva que forma parte del estudio del cuarto capítulo.

Independientemente de ello, vale la pena señalar que internacionalmente es aceptado tácitamente que niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos que les deben ser reconocidos. En ese sentido existe hoy día una aceptación universal plasmada en Sistema Universal de los Derechos Humanos.

3. Sustento Jurídico

Todos los argumentos antes esgrimidos y retomados de teorías ya expuestas por distintos y muy distinguidos y distinguidas juristas, buscan ser fundamentos y justificaciones a un reconocimiento que ya se encuentra establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos en general y derechos de los niños en especial. A continuación se mostrará el sustento jurídico de la titularidad de derechos de los niños y las niñas en las declaraciones y convenciones más importantes relacionadas a este respecto.

3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁸¹

Preámbulo

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; (...)

¹⁸¹ La Declaración Universal funge como antecedente de la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir los derechos de niños y niñas no pueden ser fundamentados legalmente por la Declaración o por la Convención a voluntad de los Estados. Actualmente el instrumento internacional que otorga fundamento legal a los derechos de niñas, niños y adolescentes, es la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 1.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

3.2. Convención Americana de los Derechos Humanos

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

3.3. Declaración Universal de los Derechos de los Niños.

Preámbulo

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...

Proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los

hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

Principio 1

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

3.4. Convención sobre los derechos del niño

Preámbulo

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán del derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho.

3.5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 1

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 4

(...) 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. (...)

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. (...)

Es posible observar en los artículos mostrados de los distintos instrumentos jurídicos tanto en el ámbito internacional como en la Constitución Nacional, los siguientes puntos que refuerzan la teoría que antes se presentó:

1. Utilizan términos como *[s]e reconocen*. El reconocimiento de un derecho significa que el derecho ya existe y el sistema jurídico únicamente lo hace patente para otorgarle una mayor validez y medios de exigibilidad al Estado por parte de sus titulares (en este caso a través de un tercero dependiendo de la edad).

2. Se reconoce, en los preámbulos de algunos de estos instrumentos, la dignidad como un valor inherente a la persona e incluso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos aclara que por persona se refiere a todo ser humano. Aunado a lo anterior, todos los órdenes jurídicos y declaraciones antes mostradas en sus primeros principios o artículos establecen la prohibición de discriminar de esos derechos a cualquier persona. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos explícitamente prohíbe la discriminación por razones de edad.

3. La Constitución Política y la Convención sobre los Derechos del Niño señalan como un derecho que debe ser cumplimentado a los niños y niñas, la satisfacción de sus necesidades como la alimentación y el vestido, necesidades que podemos considerar objetivas.

4. Se hace referencia en repetidas ocasiones a sus características particulares para señalar que el cumplimiento de sus derechos debe ser paulatino de conformidad con los niveles de madurez, y habilidades adquiridas.

CONCLUSIÓN

En este capítulo hemos dado las bases para fundamentar los derechos de niños, niñas y adolescentes utilizando aquellas justificaciones que durante muchos años se han dado a los derechos humanos, y más recientemente a los derechos de los niños y niñas.

Finalmente, me he enfocado en justificar los derechos humanos de los niños y niñas a través del constructivismo jurídico, y la titularidad de esos derechos a través de la teoría del interés superada en atención a las necesidades objetivas de los niños, niñas y adolescentes. Así se ha demostrado que esta fundamentación cumple con los dos requisitos que toman en cuenta el constructivismo, a decir la construcción de una justificación racional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su plena validez en el ámbito jurídico como derechos subjetivos. Todo ello con un sustento legal que hoy se encuentra en el ámbito internacional y ya amparado por nuestra Constitución.

CAPÍTULO TERCERO

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En los capítulos precedentes se ha hecho una revisión del contexto general que enmarca los derechos de niñas y niños en sus ámbitos jurídico, histórico, conceptual y teórico, con la finalidad de comprender los orígenes y función de los mismos. Si bien es cierto que el estudio ha sido general, también lo es que para los propósitos del presente texto, nos otorga herramientas para argumentar a favor de los derechos de niñas y niños.

Una vez que he finalizado ese estudio general, es necesario volcar nuestra atención al tema específico que nos ocupa en la tesis, el principio del Interés Superior del Niño, y para ello resulta necesario conocer qué se entiende por “principio”, pues el análisis conceptual de los demás elementos del término se desarrolló en el primer capítulo. Conocer el funcionamiento de los principios como una categoría de análisis en el derecho me permitirá saber si el alcance de éstos es suficiente para ser fuente de protección de los derechos de niños y niñas.

El estudio de los principios jurídicos en relación a las reglas se vuelve útil para la comprensión plena de su función. En ese sentido y como referentes indispensables haremos uso de los postulados de H. L. A. Hart y Ronald Dworkin, así como de otros juristas como Alexy, Atienza y Ruiz Manero.

Siguiendo el mismo objetivo del capítulo será menester revisar los instrumentos y ordenamientos jurídicos que a nivel nacional e internacional hacen referencia al principio en estudio y el contexto en el que se inserta, pues es así como en un ámbito positivo nos ayuda a entender cómo funciona o cómo debería funcionar en la práctica el principio del Interés Superior del Niño. .

Por las características mismas de los principios resulta lógico que el principio en comento revista ciertos problemas en su aplicación y ello se traduzca en un factor para la desprotección de los derechos de niños y niñas, por tanto en este capítulo intentaremos hacer un recuento de esos problemas y de los dos instrumentos que hoy en día buscan solventarlos en el contexto

mexicano, a nivel nacional y a nivel internacional, cuáles son sus propuestas y qué tanto se ajustan a lo que la teoría prevé.

Este capítulo nos permitirá, entonces, hacer un contraste entre el deber ser del principio o lo que teóricamente se pretende y lo que es en su práctica diaria, pero no sólo con el fin de conocer las diferencias, sino de buscar las soluciones que permitan acercarnos más a la protección integral de los derechos de niños y niñas.

1. Principios y Reglas

Cuando nos referimos a ordenamientos jurídicos normalmente los conceptualizamos como un conjunto de normas, y éstas a su vez como mandatos que prescriben a las personas (y al Estado) su actuar, imponiendo sanciones. Eso al menos en un ámbito clásico del positivismo.

Diversos juristas positivistas durante los siglos XIX y XX dedicaron sus teorías a explicar el funcionamiento del derecho positivo, su función, su jerarquía y a fundamentar su validez por medio de diversos métodos, mismos que se basan completamente en el mismo orden jurídico positivo, pues recordemos que es durante estos siglos cuando el positivismo jurídico logra mayor legitimidad y fuerza.

Me refiero a juristas como Hans Kelsen o Jeremy Bentham, e incluso John Austin que escriben tratados referentes a la validez de las normas jurídicas, los tipos de reglas que encontramos y la jerarquía de las mismas. Entre estos juristas positivistas, aparece H.L.A. Hart¹⁸², quien rompe con algunos esquemas del positivismo e introduce nuevos conceptos más flexibles a esta corriente jurídica.

Entre los postulados que esgrime en sus diversas obras, Hart llega a una conclusión respecto a las decisiones judiciales que deriva de manera directa de la textura abierta de las reglas y de su carácter de *interpretables*. En ese sentido, Rodríguez Garavito nos explica que:

¹⁸² Se puede encontrar el estudio completo de los tipos de reglas en su obra *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1961.

Hart sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada.¹⁸³

Ante dicha conclusión nace una crítica de la autoría del jurista Ronald Dworkin¹⁸⁴, en especial respecto a la discrecionalidad de la que habla Hart. Dworkin hace una distinción entre tipos de discrecionalidad y da argumentos para demostrar que los jueces no tienen discrecionalidad *fuerte* frente a sus decisiones judiciales.¹⁸⁵

Base de su exposición es la distinción que hace entre normas (lo que hemos llamado aquí reglas) y principios. De acuerdo con Dworkin, a partir de los principios los jueces deciden, tomando a éstos como parte integrante del ordenamiento jurídico. Los jueces se encuentran constreñidos a utilizarlos y que los principios sean la pauta de su decisión, sobre todo en casos difíciles. Su teoría sobre los principios lleva a Dworkin a afirmar que para estos casos difíciles existe una sola respuesta correcta a la que un juez (en realidad un juez con poderes extraordinarios) podría llegar, intentando derrotar así la teoría de la discrecionalidad judicial de Hart.¹⁸⁶

Se han desarrollado dos tipos de distinciones entre reglas y principios: la demarcación fuerte y la demarcación débil, a las que hace referencia el teórico Aulis Aarnio, quien distingue que las opiniones respecto a los principios y las reglas pueden *ser divididas a grandes rasgos en dos tesis principales*.¹⁸⁷

Demarcación fuerte: Los autores como Robert Alexy que se inclinan por este tipo de distinción señalan que la diferencia entre reglas y principios es

¹⁸³ Rodríguez Garavito, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Nuevo pensamiento jurídico, 1997, p. 34

¹⁸⁴ El desarrollo completo de la teoría de Ronald Dworkin se puede encontrar en su obra *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 61 y ss.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 87.

¹⁸⁶ La discusión entre Hart y Dworkin abarca mucho más que la diferencia entre reglas y principios y la discrecionalidad judicial. Sin embargo, para los fines de la presente tesis precisamos distinguir las características y diferencias entre éstas, así como las funciones específicas que cada una tiene, de acuerdo con Hart, Dworkin y algunos otros juristas que se han referido a este tema.

¹⁸⁷ Aarnio, Aulis, *Reglas y principios del razonamiento jurídico*, p. 593 consultado en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf>

cuantitativa, en donde las características de aplicación y función de ambas es distinta.

Demarcación débil: En esta tesis se ubican los juristas que distinguen los principios de las reglas por una cuestión meramente de grado, pues la función de ambas dentro del discurso jurídico es similar.¹⁸⁸

De acuerdo con el autor recién citado, ninguna de las dos tesis es válida realmente. En ese mismo sentido, es preciso analizar las principales características que revisten cada uno de este tipo de normas, profundizando en el modo de aplicación de los principios.

1.1. Reglas jurídicas

El estudio de las reglas en el mundo jurídico es muy vasto, analizado por una gran cantidad de juristas, por lo que hacer un estudio profundo de las reglas distraería la atención de lo que aquí buscamos comprobar. Por lo tanto, nos limitaremos a mencionar aquellos aspectos que son comparables con los principios jurídicos. Las características que se mencionan han sido tomadas de diversos autores.

1.1.1. Función, estructura y aplicación

Función

De conformidad con el estudio realizado por Hart, las reglas de un sistema jurídico tienen diversas funciones y su estructura es también distinta, dependiendo de qué tipo de regla sea.

Reglas primarias: Son aquellas que imponen deberes positivos-de acción, o negativos- de omisión, a los individuos.

Reglas secundarias: Son aquellas que otorgan potestades a los particulares o a las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas de tipo primario.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 594.

Éstas a su vez se dividen en:

Reglas reconocimiento: Especifican las características cuya posesión por una regla primaria indica que dicha regla pertenece válidamente al sistema.

Reglas de cambio: Dan facultades a los particulares y a las autoridades para crear reglas primarias.

Reglas adjudicación: Son aquellas que facultan a una autoridad a determinar la transgresión de las reglas.

El estudio que hace Hart sobre las reglas jurídicas resulta de gran importancia pues demuestra en su teoría que este conjunto de categorías de reglas constituyen un ordenamiento jurídico completo, estableciendo entre ellas cuestiones como la validez de la norma (salvo la regla de reconocimiento que tiene validez por sí misma) y tomando en cuenta reglas distintas al simple mandato, como las potestades que el sistema jurídico le confiere a los particulares.¹⁸⁹

Estructura

Las reglas pertenecen a una lógica deóntica en donde se imponen deberes, potestades, prohibiciones y permisiones a las personas o autoridades a las que se dirigen dichas normas. Lo anterior genera que las reglas sean objeto de interpretación.

La estructura de las reglas determina con precisión las condiciones de su aplicación, es decir, las reglas dentro de su misma estructura expresan las características que debe tener la situación para que la regla pueda ser aplicada, respecto al sujeto, el contexto, los elementos, etc. A esta característica se han referido como *configuración cerrada* de la regla.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Op. Cit., p. 29 y ss., 99 y ss.

¹⁹⁰ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Sobre principios y reglas" en *Revista Doxa*, No.10, 1991, p. 106 y 107.

Aplicación

La aplicación de la regla toma la forma de todo o nada, es decir, tiene una aplicación disyuntiva.¹⁹¹ Con lo anterior nos referimos a que la validez de la regla determina si ésta es aplicable o no, pero esta aplicación no admite grados, la regla se aplica o no se aplica. En caso de aplicarse la regla, entonces habrá una consecuencia jurídica que la misma regla dicta. A esto le llama Rodríguez Garavito el *carácter conclusivo* de las reglas.¹⁹²

Por lo tanto, el nexo entre hechos y conclusión es automático, si se generan los hechos se sigue la conclusión, esto a su vez genera que entre ellos exista una menor indeterminación.

Cuando se dan condiciones de aplicabilidad, los órganos jurisdiccionales excluyen sus propios juicios acerca de las razones aplicables y adoptan la base de la regla para resolver, porque su fuente es condición suficiente para su adopción.¹⁹³

Por las características que revisten las reglas, encontramos menos complejidad en la argumentación y por lo tanto su fuerza concluyente es mucho mayor.

1.1.2. Resolución de conflictos

Uno de los puntos claves para la distinción entre reglas y principios es la forma en la que se resuelven los conflictos cuando existe una colisión.

En el caso de las reglas jurídicas, encontramos una colisión de reglas cuando se encuentran una misma hipótesis pero se consideran dos consecuencias distintas que son contrarias entre sí. Es menester señalar que por certeza jurídica, así como por la misma función de las normas, no pueden coexistir dos reglas contrarias en un mismo sistema jurídico, por lo tanto debe existir una forma de resolver estos conflictos.

Cuando esto sucede con las reglas existen dos formas de resolución:

¹⁹¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio...Op.Cit.*, p. 74

¹⁹² Rodríguez Garavito, César, *Las decisiones judiciales... Op. Cit.*, p. 52.

¹⁹³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan.¿, *Sobre principios...Op. Cit.*, p. 111.

a) Por validez de la norma: En casos en que dos reglas entren en conflicto, una deberá ceder ante la otra. Le decisión de cuál de las dos reglas deberá ceder se tomará de acuerdo a la validez de éstas, de acuerdo con su jerarquía, especialidad, temporalidad, etc.

b) De acuerdo con este sistema, la regla que no resulte válida deberá quedar fuera del ordenamiento jurídico, es decir, dejar de pertenecer a él.

c) Por excepción: Por la estructura de las reglas, éstas pueden gozar de excepciones que permitan que la regla no tenga la consecuencia jurídica primariamente establecida. Esta excepción deberá estar plasmada en la misma regla.¹⁹⁴

1.2. Principios jurídicos

El primer gran estudio de los principios jurídicos, como lo anticipamos previamente, es realizado por Ronald Dworkin, y a partir de él encontramos varios estudios que tratan de explicitar o bien contrariar su teoría, pero aportando más elementos de análisis.

Dworkin coloca a los principios como una categoría de las reglas primarias, tomando como base la estructura desarrollada de manera previa por Hart.

1.2.1. Función y aplicación.

Función

Los principios han sido definidos por Robert Alexy como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las medidas fácticas y jurídicas del contexto de su aplicación.¹⁹⁵ O lo que es lo mismo, mandamientos de optimización susceptibles de ser realizados en distintos grados, como lo señala Hart.

¹⁹⁴ Rodríguez Garavito, César, *La decisión judicial... Op. Cit.*, p. 48 y ss.

¹⁹⁵ Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" en *Revista Doxa* 5, 1988, p. 143.

Dworkin lo define de la siguiente manera *Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.*¹⁹⁶

Esta definición de *principio* se basa en las características que más adelante esgrimiremos y que nos permitirán comprender de manera más cabal a qué se refiere. Sin embargo, es primario señalar que dentro del estudio de los principios se han hecho diversas clasificaciones de los mismos. Por ejemplo se han dividido los principios en positivos y extra sistemáticos, haciendo referencia a su inclusión escrita dentro de ordenamientos jurídicos (positivos) o simplemente argumentos aceptados tácitamente como parte del sistema (extrajurídicos).

Sin embargo, existe una clasificación que realizaron Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero que define muy bien las distintas funciones que cumplen los principios dentro del sistema y al cual nos referimos en seguida.

Ambos autores distinguen en su artículo 8 tipos de principios, los cuales los clasifican dentro de tres categorías:

PRIMERA CATEGORÍA POR SU FUNCIÓN	En esta primera clasificación los principios son excluyentes entre sí, es decir ningún principio puede ser principio stricto sensu y a su vez ser una directriz.
Principios en <i>Stricto Sensu</i> : Norma que expresa los valores supremos de un sistema jurídico (reflejo de una determinada forma de vida). Ej. Art. 4 CPEUM: El varón y la mujer son iguales ante la ley.	
Directrices o normas pragmáticas: Norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines. ¹⁹⁷ Ej. Art. 4 CPEUM: Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.	

¹⁹⁶ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio...Op. Cit.*, p. 72.

¹⁹⁷ Ronald Dworkin también se refiere a la diferencia entre directrices y principios. Sin embargo la distinción que él hace no impacta en las características que destaca de los principios.

SEGUNDA CATEGORÍA POR SU DESTINATARIO

Principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito. Dirigidos a guiar la conducta de la gente que no consiste en el ejercicio de poderes normativos.

Ej. Art. 4 CPEUM: Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte.

Principio en el contexto del sistema secundario o sistema del juez. Dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos de los órganos de producción jurídica.

Ej. Art. 16 CPEUM: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

TERCER CATEGORÍA POR ESTATUS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Principios explícitos. Formulados expresamente en el ordenamiento jurídico.

Ej. Art. 1 CPEUM: Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos.

Principios implícitos. Extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico.

Ej. Art. 1 CPEUM: Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Principio implícito: Principio Pro Persona

** Tabla de elaboración propia con información derivada del artículo de Atienza y Ruiz Manero.¹⁹⁸

Aplicación

Cabe hacer algunas especificaciones respecto a algunas categorías que son de nuestro interés, mismas a las que también se refieren los autores antes mencionados.

El Principio *Stricto Sensu* está configurado con una textura abierta, por lo que su aplicación exige un cumplimiento pleno, y no se estaría a su máxima realización posible, como lo exige la definición de inicio. Para Atienza y Ruiz

¹⁹⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, César, *Sobre principios....Op.Cit.*, p. 105-107. Los autores hacen una descripción de las categorías y proporcionan ejemplos de ellos para su mayor comprensión. Es interesante el estudio que hacen, porque si bien declaran al principio de su artículo no encontrarse de acuerdo con la teoría de Ronald Dworkin, hacen uso de su definición de principios para hacer un estudio más detallado.

Manero, al ser un valor supremo se cumple o no se cumple, teniendo un funcionamiento de aplicación similar al de una regla jurídica.

Las directrices, por su parte, al estipular la obligatoriedad de medios idóneos para conseguir determinado fin dejan también abierto el modelo de conducta prescrito, sí pueden ser cumplidas en diversos grados.¹⁹⁹

Respecto a los principios explícitos, Atienza y Ruiz Manero señalan que éstos forman parte de las razones de los jueces por su fuente y por lo mismo constituyen razones de primer orden para resolver en determinado sentido por ponderación (en caso de conflicto). Sin embargo, los principios implícitos también son razones que vinculan a los jueces, por su contenido y coherencia con otros principios y reglas.

Otra característica general que se ha atribuido a este tipo de normas es la mayor indeterminación que representan, a comparación de las reglas, pues al tener una forma abierta, requieren una mayor argumentación para su aplicación.

Los principios representan razones para las decisiones de los jueces en uno u otro sentido, y estas razones deben estar soportadas por argumentos que provoquen que los principios sean optimizados en su cumplimiento. *Un principio...enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular.*²⁰⁰

Solo de esa manera su alcance justificatorio será alto, y cumplirá los fines de los principios, en general. En palabras de Rodríguez Garavito, son obligatorios, deben ser tenidos en cuenta por cualquier juez o intérprete.²⁰¹

A diferencia de las reglas también, los principios se configuran de forma abierta, y por lo tanto no determinan las condiciones de su aplicación. Es decir, existe una diferencia de grado respecto a la generalidad. Los principios tienen una mayor generalidad a las normas, y por ello tampoco existe un nexo directo entre hecho y conclusión jurídica.

Estas dos últimas características (ser razones argumentadas y su generalidad) son lo que le otorgan a los principios su modalidad de gradual

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 110.

²⁰⁰ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio...Op. Cit.*, p. 76.

²⁰¹ Rodríguez Garavito, César, *Op. Cit.*, p. 37.

cumplimiento, los principios no son del tipo todo o nada, sino que pueden ser cumplidos en distintos niveles, sin embargo por su naturaleza deben siempre ser cumplidos en la mayor medida de lo posible, pues éstos siempre guardan una afinidad profunda con los valores y los objetivos morales y políticos de una sociedad. *La referencia a unos pocos principios nos permite entender cómo funciona una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico, y en relación con el sistema social.*²⁰²

En las reglas se pueden observar criterios de jerarquía que pueden constituir una fuente de validez. Pues bien, los principios no tienen jerarquía entre ellos y su validez no viene dada por ello, sino como antes lo describimos, de su aceptación en la práctica jurídica. No cuentan con primacía, sin embargo sí tienen una dimensión de peso.

Por último, se ha reconocido como otra propiedad de los principios que éstos gozan de un significado abstracto que se concreta en el caso específico en el que será aplicado; es decir, el significado concreto debe ser argumentado en cada caso, pues no tienen un significado único.

Resolución de conflictos

La resolución de conflictos cuando dos principios se encuentran en colisión es mucho más compleja que aquella que se da entre reglas jurídicas, pues como vimos no existen criterios que, como con las reglas, permitan una decisión con criterios definitivos. La resolución de conflictos en el caso de los principios se da a través de un proceso de ponderación. Sin embargo, es necesario señalar que después del ejercicio de ponderación ambos principios subsisten.

El objeto de la ponderación es reconocer el principio de mayor peso en la situación específica en la que los principios se oponen. Cabe hacer una aclaración a este respecto: cuando dos reglas se encuentran en conflicto, el conflicto será un conflicto “objetivo”, es decir, sin importar la situación, esas reglas siempre serán contradictorias, hasta que una se declare inválida. En el caso de los principios, éstos se encuentran en conflictos “subjetivos”, es decir, su

²⁰² Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Sobre principios...Op. Cit.* P. 114.

conflicto es casuístico, y no siempre existirá, depende del contexto y la situación, muchas veces esos mismos principios podrán ser complementarios.

La ponderación de dos principios consiste en la atribución de peso a cada principio por causas racionales y posiciones del conocimiento práctico. Cuando en el caso concreto se ha considerado de mayor peso a uno de ellos, éste se aplica sin que ello signifique la desaparición del otro principio ni su invalidez, sino simplemente su menor grado de aplicación en ese mismo caso. La ponderación de principios está íntimamente ligada con los argumentos racionales que se proporcionan para soportar su mayor peso frente al otro y del caso contrario.

Esos mismos dos principios podrían colidir más adelante en otro caso y la decisión judicial respecto a ellas podría ser distinta a la primer situación considerando de mayor peso al otro principio. Los dos principios sobreviven, sólo que uno prevalece frente al otro en ese caso determinado.

Cabe señalar que el principio que goce en ese caso de menor peso no debe ser invisibilizado, pues como su nombre lo establece son mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la mayor medida de lo posible.

2. El Principio del Interés Superior del Niño.

ARTÍCULO 3

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.²⁰³

En el primer capítulo de la presente tesis hemos hecho un estudio sobre el concepto del principio de interés superior del niño y algunas de sus implicaciones. Sin embargo, en esta ocasión haremos un análisis de este principio de conformidad con el análisis que se ha realizado respecto a principios y reglas en el apartado anterior, para estar en condición de comprender de mejor

²⁰³ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3.

manera cuál es la función que este principio cumple en los diversos ordenamientos jurídicos.

Si buscamos hacer un estudio del principio de acuerdo a las categorías que Atienza y Ruiz Manero nos presentan, tendríamos que colocar al principio del Interés Superior del Niño y la Niña como se sigue:



** Tabla de elaboración propia con información de Ruiz Manero y Manuel Atienza

En sintonía con lo que se señaló en el primer capítulo, el principio de Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente, al ser un mandato o directriz de optimización, puede ser cumplido en distintos grados, y el nivel de su cumplimiento dependerá de las circunstancias en las que sea aplicable el

mismo. La aplicación en grados de este principio es una cuestión que ha sido discutida por diversos juristas, pues al ser un principio goza de una textura abierta de aplicación casuística, no existe una receta que explique qué se deberá de hacer en cada situación, o cómo deberán resolverse todas ellas. Así lo señala el Comité de Derechos del Niño en su Observación General No. 14:

El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.²⁰⁴

Sin embargo, respecto a la aplicación del principio, con relación a los elementos de éste, Griesbach y Ortega han señalado que el principio del Interés Superior del Niño implica:

- a) Una valoración relativa a los derechos del niño que debe hacerse de manera integral y no aislada.
- b) Esta valoración debe considerar el impacto en la esfera íntegra de los derechos en el presente y en lo previsible del futuro.
- c) Protección integral de los derechos del niño y la necesidad que éstos presentan respecto a su resguardo.²⁰⁵
- d) Enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual y holística del niño y promover su dignidad humana.²⁰⁶

Podríamos entonces aventurarnos a decir que las anteriores son parte de las pautas que, como directriz, el interés superior marca a las autoridades seguir, en el entendido de que son los fines a los que se dirige una protección integral de los derechos, y que hemos tenido a bien citar en el primer capítulo, su llamado *efecto paraguas*.

²⁰⁴ *Observación General Número 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo1). CRC/C/GC/14. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Distr. General, 29 de mayo de 2013, p. 3, párr.1.*

²⁰⁵ Griesbach, Margarita y Ortega, Ricardo, *La infancia y la justicia en México II. Elementos para garantizar el efecto útil del interés superior del niño víctima del delito*, México, INACIPE, 2013, p13

²⁰⁶ Observación general Número. 14...*Op.Cit.*, p. 4, párr. 5.

En relación a quien va dirigido el principio, establecimos que va al sistema secundario o del juez. Sin embargo, cabe señalar que este principio no sólo va dirigido al juez, pues la misma Convención señala que deberán atender a este principio toda autoridad que trate sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes. Entendemos esto como el poder legislativo al realizar leyes en donde los niños y niñas se vean involucrados, poder ejecutivo en relación con sus políticas públicas y poder judicial en los casos en que intervengan, directa o indirectamente, niños, niñas o adolescentes

Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia o en contra de ellos.²⁰⁷

Cillero también señala que el principio dispone una limitación o prescripción de carácter imperativo para las autoridades.²⁰⁸ Por otro lado, la Convención señala como obligados a velar por el interés superior del niño a las instituciones privadas, por lo que podríamos decir que en este caso, este principio está dirigido también al sistema primario o del súbdito.²⁰⁹

En ese mismo sentido se pronuncia el Comité de Derechos del Niño en la Observación General antes citada cuando señala que la misma observación repercute en los siguientes aspectos:

- a) La elaboración de todas medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos;
- b) Las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto;
- c) Las decisiones adoptadas por entidades de la sociedad civil y el sector privado, incluidas las organizaciones con y sin fines de lucro, que prestan servicios relacionados con los niños o que les afectan;
- d) Las directrices relacionadas con medidas tomadas por personas que trabajan con los niños y para ellos, en particular los padres y los cuidadores.²¹⁰

²⁰⁷ Cillero Bruñol, Miguel, *El Interés superior.... Op.Cit.*, p. 77.

²⁰⁸ *Idem*

²⁰⁹ Artículo 3. “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.” *Convención sobre los derechos del niño.*

²¹⁰ Observación general No. 14...*Op.Cit.*p. 5, párr.14.

Respecto a su carácter explícito, en el siguiente apartado veremos su inclusión en algunos instrumentos jurídicos a nivel nacional e internacional y algunos de los problemas que su aplicación ha provocado.

2.1. El Principio en la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.1.1. Contexto en el que se establece.

La Convención sobre los derechos del niño ha significado la concreción del reconocimiento de niñas y niños como sujetos de derecho en el ámbito legislativo a nivel internacional. El desarrollo de este reconocimiento se ha dado durante todo el siglo XX. Existen instrumentos anteriores a la Convención, como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y demás declaraciones y/o convenciones (mismas que se han señalado en el primer capítulo) que iban reconociendo ciertos derechos a los niños y las niñas.

La Convención nace como *una protección complementaria*²¹¹ a los derechos humanos en general. Es decir, los derechos humanos protegen a todos los seres humanos, como ya hemos visto anteriormente; sin embargo, la Convención viene a reconocer derechos específicos que proveen de una protección especial a los niños, niñas y adolescentes. Y en ese sentido, de manera interna, distintos Estados han incorporado estas directrices a sus ordenamientos nacionales.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención.²¹²

Si bien el principio ya se encontraba presente en otras legislaciones, su inclusión en la Convención lo eleva al rango de norma fundamental, incluso el Comité de

²¹¹ Cillero, Bruñol, Miguel, *El interés superior...Op. Cit.*, p. 69.

²¹² *Ibidem*, p. 69.

Derechos del Niño le ha dado a éste un triple carácter: derecho fundamental, principio jurídico y norma de procedimiento.²¹³

Por otro lado, la Convención ha tenido una relevancia especial en el ámbito internacional, pues resulta ser el instrumento internacional con el mayor número de ratificaciones por parte de los Estados.²¹⁴ Ha habido pronunciamientos al respecto que señalan como una virtud de la Convención, la capacidad de hallar los derechos que resultan aplicables en diversos contextos culturales. De acuerdo con Cillero Bruñol,

[H]an surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.²¹⁵

Sin embargo, más adelante el mismo autor señala que en el marco de la Convención, el principio del Interés Superior del Niño implica la primacía de los derechos enunciados en la misma, sobre cualquier tipo de relativismo cultural.

Por último, es necesario señalar que el principio del Interés Superior del Niño rompe con la tradición que consideraba a niños, niñas y adolescentes objetos de protección, a partir del sistema tutelar, en donde los intereses de los niños, niñas y adolescentes eran materia pública a tal grado que el gobierno decidía por ellos y ellas. El gobierno los consideraba como objetos sobre los cuales tenía la obligación y la responsabilidad. Este último sistema, también conocido como *doctrina de la situación irregular*, nace como respuesta a considerar cualquier asunto relacionado con niños, niñas y adolescentes como un tema privado en el que el Estado no intervenía.

²¹³ Observación General No. 14... Op. Cit., p. 4.

²¹⁴ Aguilar Cavallo, Gonzalo, *El principio del interés superior...* Op. Cit., p. 227. En ese sentido también es importante señalar que si bien es el instrumento con mayor número de Estados que han ratificado, también es la Convención con mayor número de reservas por parte de los mismos Estados.

²¹⁵ Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior...* Op. Cit., p. 73.

Ambos sistemas ignoraban que el niño fuera un sujeto de derechos. El principio en cuestión pone al interés del niño en el ámbito público, pero como limitante al mismo. Es una obligación del Estado velar por el interés superior y sus decisiones no pueden ir en contra de él.

Ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.²¹⁶

2.1.2. Nivel de protección del principio.

Es imperante recordar que el principio del Interés Superior del Niño es uno de los principios considerados en la base de la Convención, o como los denomina Cillero Bruñol *principios estructurantes*.²¹⁷ Incluso ha sido considerado el principio rector o guía de la misma, por sus implicaciones y sus características.

El principio del Interés Superior del Niño exige del Estado que reconozca los derechos y propicie su ejercicio por parte del grupo social conformado por niños, niñas y adolescentes. Exige al mismo tiempo el deber de protección de estos derechos.²¹⁸ Es decir, el principio del Interés Superior del Niño, al surgir como límite y obligación del Estado, implica que éste tome todas las decisiones legislativas, políticas y judiciales relativas a los niños, niñas y adolescentes protegiendo en todo momento y de manera integral, el bloque de derechos que la Convención les reconoce a los mismos.

La Observación General No. 14 exige del Estado las siguientes actuaciones:

- a) Garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas.
- b) Velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de éstos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 7

²¹⁷ *Idem*

²¹⁸ Aguilar Cavallo, Gonzalo. *El principio interés superior...Op. Cit.*, p. 230.

c) Garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño.²¹⁹

La protección que exige el interés superior es la máxima protección integral de los derechos, recordando que el principio es un mandato de optimización. Como lo señalamos en el primer capítulo, el principio del Interés Superior sugiere en su aplicación que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean observados y respetados de manera integral en cualquier decisión y en cualquier conflicto de derechos. En la Convención se señala que el principio multicitado “*será una consideración primordial*”, lo que dota al principio de una relevancia especial, pues por encima de cualquier otro elemento que debe ser tomado en cuenta, el nivel de este principio deberá ser siempre distinto y tener una consideración especial.

Por otro lado, el principio del Interés Superior no es un principio absoluto que deba primar siempre por encima de cualquier otro. *En realidad este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente, por los adultos y por el Estado.*²²⁰

Este principio por su misma naturaleza puede entrar en conflicto con otros principios de derechos humanos, e incluso con otros derechos. En la ponderación de principios, el carácter primordial del mismo deberá ser tomado en cuenta, sin que ello signifique que cause la misma decisión en todos los casos, pues la decisión depende del contexto casuístico como ya se ha señalado con anterioridad.

²¹⁹ *Observación general No. 14...Op. Cit.*, p. 5, párr. 4. En la misma observación se establecen las medidas que se deben tomar de manera específica para asegurar que estas obligaciones sean acatadas.

²²⁰ *Idem*

2.2. Inclusión del Principio en ordenamientos nacionales.

2.2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No es difícil reconocer que la presencia de principios, por tanto de mandatos de optimización, en el sistema jurídico tiene consecuencias en cuanto al carácter de éste y al concepto de Derecho...Donde esto es más claro es en los principios constitucionales, como los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia...Si una constitución contiene estos principios, ello significa que ha sido incorporado a ella las formas principales del Derecho racional en la modernidad.²²¹

La inclusión del principio del Interés Superior del Niño en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en cualquier norma suprema de cualquier Estado no es cosa menor. Partiendo una visión constitucionalista, nos estamos refiriendo al ordenamiento de mayor jerarquía en un sistema jurídico, y en un Estado de Derecho moderno, al orden último capaz de legitimar los actos de poder. Es decir, cualquier acto administrativo, judicial o legislativo puede ser invalidado si resulta ser contrario a lo que la constitución instruye.

Estipularlo a nivel constitucional confirma y reafirma la obligación que el Estado había adquirido con anterioridad en la firma de la Convención, hablamos de un reconocimiento explícito de la obligación adquirida a nivel internacional. Es importante señalar que se manifiesta la obligación de velar por el interés superior del niño²²² en la reforma constitucional de 2011, y se incluye en dos artículos:

a) Artículo 4º, párrafo sexto:

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

²²¹ Alexy, Robert. *Sistema jurídico...Op. Cit.* p. 143.

²²² En realidad en la Constitución se estableció como “el interés superior de la niñez” que no es del todo correcto, pues la niñez se refiere a una etapa de vida y no precisamente a los individuos a quien busca proteger.

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.

b) Artículo 73, I. a XXIX-P:

El Congreso tiene facultad:

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.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos que se dio en el año 2011 significó un gran avance en materia protección y respeto a los derechos humanos.

Si observamos la exposición de motivos²²³ que dio pie a esta reforma respecto al interés superior, podemos observar que existe una mayor comprensión de la importancia que tienen los derechos de niños y niñas. Sin embargo, el listado de derechos que siguen a la obligación de respetar al principio, limita el campo de acción en el que se deberá aplicar el derecho del interés superior del niño.

Asimismo, establece la obligación estatal a cumplir con este principio y extiende el mismo a los ascendientes, tutores y custodios, eso implica reconocer que el principio tiene como destinatario al sistema primario y secundario. Pero por otro lado, limita nuevamente su campo de acción, pues de acuerdo con la Convención el principio del Interés Superior del Niño y los derechos de los mismos deben ser observados por el Estado, sus padres o tutores y la sociedad civil en general.

Por último, hacemos referencia a sus destinatarios secundarios (el Estado) de acuerdo a las categorías de Atienza y Ruiz Manero. La reforma

²²³ Exposición de Motivos del Decreto por el que se reforman los párrafos sexto y séptimo del artículo 4º; y se adiciona la fracción XXIX-P al artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comisión de legislación y puntos constitucionales. Expediente 6904/LXXII.

constitucional señala en su primer frase que todas las decisiones y actuaciones del Estado deberán velar por el interés superior del niño. Posteriormente especifica la labor del poder ejecutivo, y en el artículo 73 especifica la obligación del poder legislativo. Si bien referirse a las actuaciones del “Estado” implica los tres órdenes de gobierno, es posible observar que, a diferencia del poder legislativo y el ejecutivo, a quienes se establecen obligaciones de manera específica, el poder judicial no observa una cláusula específica en su labor.

Reconocemos la importancia de haber sumado y reconocido el principio a nivel constitucional, por representar el orden de mayor jerarquía a nivel nacional, pues ello un compromiso nacional. Dicha inclusión obliga a todos los gobernados y al Estado a considerar, como lo hace la Convención, a todos los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Pero también es debido detectar aquellas lagunas que deben ser cubiertas para estar en posición de seguir realizando las modificaciones necesarias y lograr un nivel mayor de protección.

2.2.2. Código Civil Federal.²²⁴

Una de las ramas de derecho que se vincula de manera más directa y amplia con los niños, niñas y adolescentes es el derecho civil, especialmente la materia familiar, pues al representar la familia²²⁵ el seno del desarrollo durante la niñez, los niños, niñas y adolescentes se ven envueltos en diversas situaciones que el derecho civil regula.

Los niños y niñas han sido considerados en distintas legislaciones como la civil y la penal, la diferencia radica en cómo se les considera y qué papel juegan dentro de esa legislación y dentro de la familia. Es decir, si se les considera objetos de protección por parte de sus padres y del Estado o como sujetos de derecho, en respeto y comunión con sus derechos.

²²⁴ Texto vigente del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

²²⁵ Es importante señalar que no existe un solo modelo de familia, los y las niñas se desenvuelven en distintos contextos a partir de los cuales pueden identificarse sus familiares como un familia con madre soltera, padres o madres homosexuales, tutores, etc. Es necesario el reconocimiento de los distintos tipos de familia, para asegurar la protección de los derechos familiares y civiles de niños y niñas.

El Código Civil Federal actualmente hace referencia a la necesidad de considerar el interés superior del niño en distintos contextos del derecho familiar, mismos a los que se hace referencia en la siguiente tabla.

Capítulo	Artículo	Desarrollo
Del divorcio	283	La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos . En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.
De la adopción	390	El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además: II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma .
De los efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de	416	En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En este supuesto, con base en el interés superior del menor , éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

<p>los hijos</p>	<p>Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.</p>
<p>417</p>	<p>No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.</p>

Un análisis preliminar de los artículos que se refieren al interés superior del niño, basado en el estudio realizado en los precedentes capítulos permite darse cuenta de algunas deficiencias o contradicciones en las que el mismo Código Civil se ve envuelto.

Los artículos antes mencionados se refieren a las obligaciones y/o derechos de los progenitores (o tutores, o padre/madre adoptivos) frente al niño, sin hacer un énfasis real en los derechos que tienen el niño o niña. Sin embargo, exige que en esos casos se considere el interés superior del niño. El interés superior del niño a la luz de considerar a éste como beneficiario de una obligación de los padres, o como parte del ejercicio de los derechos de estos últimos, no parece cumplir con la finalidad y objeto del principio de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de niños y niñas de manera integral.

Por otro lado, resulta evidente la deficiencia de la que sufre el Código Civil cuando únicamente en cuatro artículos se pronuncia por la atención a este principio, cuando los temas en donde se ven inmersos niños y niñas sobrepasan por un número considerable esos cuatro artículos.

Por otro lado, en el Código Civil no se señalan las pautas para considerar el interés superior del niño, ni a qué debe atender éste. Lo anterior aunado a su tratamiento como objetos de protección coloca a los niños y niñas en una situación de vulnerabilidad en la misma aplicación del principio.

2.2.3. Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.²²⁶

La presente Ley fue aprobada en diciembre de 2014, en sustitución de la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del año 2000, la nueva ley resulta mucho más adecuada para la verdadera protección sus derechos de conformidad con lo que establece la Convención sobre los Derechos de los Niños.

A diferencia de la ley anterior, la nueva ley rompe con el esquema proteccionista que también muestra el Código Civil y propone una visión más cercana a la verdadera protección y respeto de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. Esto se puede observar desde los primeros capítulos en los que se describen los objetivos de la ley que van desde el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, garantizar el respeto de esos derechos hasta la creación de una entidad que cuya finalidad sea garantizar la protección de sus derechos.

Por otro lado, la presente ley prevé la necesidad de contar con el enfoque de derechos humanos, integral y transversal en todas las políticas públicas que se diseñen en el marco de dicha ley, y la importancia de que todas ellas cuenten con un presupuesto suficiente para el cumplimiento de su mandato.

Aunado a ello, enlista los principios bajo los cuales se interpretarán los derechos enunciados en la ley, y se agregan algunos como el enfoque de infancia, perspectiva de género o transversalidad en todos los actos del Estado, la interculturalidad. El principio del Interés Superior del Niño se mantiene y agrega a la autonomía progresiva como principios rectores de la ley.

A diferencia de la ley anterior que sólo hacía mención del principio en cuatro ocasiones, ahora se puede encontrar el principio enunciado en todos los derechos y mandatos que la ley realiza, como un principio transversal que debe

²²⁶ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014. Texto Vigente.

impregnar todo los actos de autoridad que se relacionen con los derechos de esta población.

A continuación se mostrarán sólo algunos artículos que enuncian al interés superior del niño y la niña, que nos permite observar el tratamiento que le da al mismo.

Tema	Artículo	Texto
Garantía de derechos	2	El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector. Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.
Concurrencia estatal	3	La Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, concurrirán en el cumplimiento del objeto de esta Ley, para el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas públicas en materia de ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como para garantizar su máximo bienestar posible privilegiando su interés superior a través de medidas estructurales, legales, administrativas y presupuestales.
Debido proceso	92	Las garantías de debido proceso que se deberán aplicar en los procesos migratorios que involucran a niñas, niños y adolescentes son las siguientes: IX. El derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña, niño y adolescente y esté debidamente fundamentada;
Restitución de derechos		Para solicitar la protección y restitución integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, las Procuradurías de Protección deberán seguir el siguiente procedimiento: IV. Elaborar, bajo el principio del Interés Superior

de la Niñez, un diagnóstico sobre la situación de vulneración y un plan de restitución de derechos, que incluya las propuestas de medidas para su protección;

Los artículos reseñados anteriormente nos permiten observar que el principio se encuentra consistentemente a lo largo de toda la ley, como mandato de atención enunciado como principio de la ley, para su atención en todos los actos en que intervenga cualquier autoridad, en las políticas que se realicen a partir de la ley, en el respeto de sus derechos, y en los mecanismos de garantía que la ley prevé.

Por otro lado, es importante señalar que el interés superior es un principio que debe ser observado por la sociedad, especialmente quien ejerza la patria potestad o funjan como tutores, como en el caso del artículo 58, en donde se impone una obligación directa a los particulares. Es así que podemos decir que existe una transversalización del principio del Interés Superior del Niño en la ley, que atraviesa todos los derechos, todas las políticas, obligando a sociedad y estado, y que se presenta como principio en ámbitos de organización y delegación de funciones estatales, como el caso de la concurrencia que se muestra en el artículo 3.

El artículo 92 reviste especial importancia, pues impone la obligación a la autoridad judicial de fundamentar su decisión con base en el interés superior del niño, lo que resulta un avance esencial en la consideración del interés superior del niño, que permite ir dejando atrás la función meramente declarativa, de la que hablaremos más adelante.

La presente ley sigue contando con algunas deficiencias que en algún momento deberán ser resueltas y seguir avanzando en materia de derechos de niños y niñas para lograr una protección integral y verdaderamente efectiva de sus derechos, sin embargo es merecido reconocer los grandes avances que se han tenido.

2.3. Problemas de aplicación del Principio.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.²²⁷

Lo señalado por Cillero Bruñol es sin duda parte de las críticas más severas que ha recibido el principio del Interés Superior del Niño. Su indeterminación es precisamente una característica adherida a su misma naturaleza de principio jurídico, pero al mismo tiempo, y por su relevancia en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, puede convertirse en una herramienta que viole también derechos. A continuación señalaremos los tres principales problemas, que a juicio propio, resultan los más graves y con los cuales se ha encontrado el principio en su aplicación.

1. **Función meramente declarativa:** En efecto, el principio del Interés Superior del Niño se ha utilizado como un principio con efectos declarativos y legitimador de cualquier decisión de autoridad en la cual sea mencionado. Es decir, se ha considerado que su mera declaración en cualquier decisión judicial, política o legislativa basta para que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean asegurados. Contrario a ello, en más de una ocasión, esas decisiones o actos de autoridad han resultado en detrimento de los derechos de los mismos niños, niñas y adolescentes.
2. **Adultismo²²⁸:** La falta de comprensión, aceptación y convicción de que los niños y las niñas son sujetos plenos de derecho y que por ello tienen la titularidad de los derechos enunciados, sigue teniendo como efecto que el interés superior del niño sea medido a partir de lo que el adulto considera, de acuerdo con su experiencia, creencias y educación, lo que es más benéfico para

²²⁷ Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior...Op. Cit.*, p. 70.

²²⁸ Adultismo, o también conocido como adultocentrismo.

el niño, anulando así la voluntad y la participación activa del niño o niña en relación a la decisión tomada. Esta actitud de “adultismo”²²⁹ es general por parte del Estado y de la sociedad civil y está basada en la concepción del niño como objeto de protección.

3. **Falta de protección integral de derechos:** Los derechos de los niños y las niñas no se encuentran aún inmersos en la cultura de los derechos humanos de la sociedad. Su consideración relativamente reciente entra en conflicto con la discriminación histórica y sistemática en la que se han visto envueltos los niños y niñas. El desconocimiento de sus derechos inhibe la aplicación efectiva del principio, pues recordemos que el mandato del principio es la protección integral de todos sus derechos. Luego entonces, el desconocimiento de los derechos impide la optimización de dicho mandato.

Sin duda alguna, la doctrina y los pronunciamientos judiciales respecto a este tema son mecanismos que ayudan a subsanar los problemas de aplicación del mismo, delimitando lo que se entiende por el principio y marcando pautas de actuación para asegurar una aplicación efectiva. Por ello, es menester revisar algunos criterios que han formulado las instancias internacionales y nacionales respecto a este principio rector de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

²²⁹ En el desarrollo del primer capítulo nos referimos al adultismo, como una actitud que se basa en la concepción del niño como objeto de protección, a quien no se le considera capaz de tomar parte activa en las decisiones relacionadas con su vida.

2.4. Pautas jurídicas para la aplicación del principio.

2.4.1. A nivel internacional: Observación General no. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

El Comité de Derechos del Niño ha acertado en la construcción de esta observación que contiene la información necesaria para comprender y aplicar el interés superior teniendo en consideración algunos elementos que reconocen que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho.

La presente Observación realiza un análisis profundo del concepto del principio, sus alcances y las obligaciones del Estado, analiza cada uno de los artículos de la Convención que se refieren al principio y para finalizar proporciona los elementos para la aplicación del mismo.

Interesa hacer referencia a la aplicación del mismo, puesto que el otro análisis ya lo hemos realizado aquí. Podemos comenzar por mencionar las tres naturalezas que el Comité le asigna al interés superior:

1. **Como derecho sustantivo:** Derecho a que el interés superior sea una consideración primordial y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, niñas o adolescente o a un grupo de ellos.
2. **Como principio jurídico interpretativo fundamental:** Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
3. **Como norma procedimental:** Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños, niñas o adolescentes concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o niña, o los niños interesados.²³⁰

²³⁰ *Observación general No. 14...Op.Cit.*, p. 4, párr. 6.

Parece relevante la última consideración, pues si bien creemos que las características de las tres categorías se encuentran ya inmersas en la naturaleza del principio jurídico, su división permite acentuar el sentido obligatorio de éste. Sobre todo en la norma procedimental, que de conformidad con la Observación obliga a la autoridad a probar y demostrar sus criterios base para la consideración del interés superior.

Ahora bien, respecto a la aplicación, la Observación divide a ésta en dos secciones: evaluación y determinación del interés superior.

La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño.

*Por determinación del interés superior se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior.*²³¹

En el proceso de evaluación, la Observación establece que deben ser tomados en cuenta criterios como: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de relaciones, cuidado, protección y seguridad del niño, situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud, el derecho del niño a la educación.

Por otro lado, la Observación hace referencia a la autonomía progresiva de los niños y niñas cuando señala *Al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan.*²³²

La determinación implica la toma de decisión tomando en cuenta el resultado que se haya obtenido del proceso de evaluación.

En relación al carácter de norma de procedimental, la Observación menciona una serie de garantías y salvaguardias sobre la aplicación efectiva del interés superior, dirigidas a los ámbitos públicos y privados que tomen decisiones relacionadas con niñas y niños:

²³¹ *Ibidem*, p. 12, párr. 47.

²³² *Ibidem*, p. 18, párr. 84.

- a) **El derecho del niño a expresar su propia opinión:** Participación activa para determinar su interés superior, en donde los niños y niñas deben estar informados sobre el asunto respecto al cual se expresarán.
- b) **La determinación de los hechos:** Obtención de hechos e información por profesionales capacitados para la evaluación del interés superior.
- c) **La percepción del tiempo por parte de niños y niñas es distinta a la que tenemos los adultos,** por lo que los periodos de tiempo en todos los eventos en donde intervenga el niño o la niña deberá ser en función de su percepción del tiempo en tanto le resulte benéfico.
- d) **Los profesionales cualificados:** Grupo multidisciplinario.
- e) **La representación letrada:** Que pueda asistirle sobre todo en cuestiones de índole judicial o administrativa.
- f) **La argumentación jurídica:** Cualquier decisión debe estar motivada y justificada, con la exposición clara de las razones de la toma de decisión.
- g) **Mecanismos para examinar o revisar las decisiones:** Posibilidad de recurrir una decisión que impacte a niños y niñas cuando ésta parezca no ajustarse a los estándares de evaluación y aplicación del interés superior del niño.
- h) **La evaluación del impacto en los derechos del niño:** La evaluación del impacto debe incorporarse a todos los niveles y lo antes posible en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño.²³³

Parece ser una guía completa de cómo debe actuar cualquier autoridad en caso de que sea trate de niños y niñas. Es decir, explica de manera detallada la metodología que permitirá que los Estados parte puedan aplicar de manera satisfactoria el principio en sus distintos ámbitos, legislativo, ejecutivo y judicial.

²³³ *Ibidem*, p. 19, 20 y 21.

2.4.2. A nivel nacional: Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niños, niñas y adolescentes.²³⁴

En síntesis, reconociendo que los niños y adolescentes son personas diferentes a los adultos, a partir de su nivel de desarrollo y de las características que se derivan de éste, en consecuencia no cabe lugar dudas sobre la necesidad de brindarles una atención especializada, tomando en cuenta que además ésta es una condición para que puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad.²³⁵

La anterior cita es parte de las motivaciones que inclinaron a la SCJN a redactar este protocolo de actuación que busca establecer un mecanismo que asegure en toda decisión jueces y juezas estarán atendiendo al interés superior del niño o niña en cuestión. De esa simple redacción podemos observar cómo, a diferencia del poder legislativo, el poder judicial está comprendiendo el verdadero sentido de la Convención.

Dos puntos importantes que nacen de los objetivos y el razonamiento de este protocolo:

1. Reconocen la autonomía de la voluntad de niños y niñas, de manera progresiva.
2. Reconocen a niños y niñas como sujetos plenos de derechos.

Atendiendo a las obligaciones internacionales que México ha adquirido, y de conformidad con las reformas constitucionales de 2011, la SCJN explicita que algunas consideraciones del protocolo rompen con las normas establecidas en el Código Civil, pero atiende a que los tratados internacionales, de manera paralela a la Constitución, conforman la ley suprema.

Una de las principales características a las que atiende este Protocolo, y que para fines del último capítulo serán de gran relevancia, es el reconocimiento de la capacidad de niñas y niños para su actuar. Evidentemente, por el carácter judicial que tiene el presente Protocolo, las capacidades reconocidas se vinculan

²³⁴ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Edición, México, 2014.*

²³⁵ *Protocolo de actuación para quienes imparten...Op. Cit., p. 12.*

de manera directa con los procesos judiciales en los que se vean involucrados, como ser testigos.

El Protocolo retoma de la Observación General No. 5 del Comité de Derechos del Niño, 4 principios generales que deberán ser observados durante cualquier proceso judicial, siendo el primero de ellos, el principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente²³⁶.

1. **Interés superior del niño, niña o adolescente:** En esta categoría señala la obligación de la autoridad de actuar más allá de la demanda puntual que se le presenta cuando esto sea en aras del interés superior del niño o la niña. Así como reconocer (tomando a González Contró de referencia) que el interés superior del niño siempre deberá estar acorde a los principios de igualdad, dignidad y autonomía.
2. **No discriminación:** Implica protección contra todo tipo de discriminación, una distinción positiva de la calidad de niño atendiendo a sus necesidades concretas y a su interés superior, y a no descartar el testimonio de una persona por su corta edad.
3. **Derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones:** Este principio pone de relieve la participación del niño en el proceso judicial, implica que el niño o niña sea un agente activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, en ese sentido considerado como sujeto de derechos. Existen obligaciones específicas que deberán seguirse por parte del poder judicial que atiendan al contexto de los niños y niñas que participen.
4. **Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo:** El derecho a la vida supone una acción por parte del Estado que provea de las condiciones para que los niños, niñas y adolescentes accedan a una vida digna. La concreción de estos derechos dependen de la garantía de otros derechos como la salud, educación, alimentación, etc. Los y

²³⁶ Resalta en el Protocolo, la existencia de un lenguaje inclusivo que en todo momento hace referencia a la niña y al adolescente. Muestras del nivel de entendimiento que se tiene de la Convención y principios como la No Discriminación.

las impartidoras de justicia deberán ajustar los procedimientos a garantizar que el desarrollo mental, emocional y físico de los niños, niñas y adolescentes, y su vida no se vean afectados.

Posteriormente el Protocolo establece una serie de reglas y directrices que tienen como finalidad la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo a los 4 principios antes citados. Estas reglas funcionan a manera de garantías para preservar en todo momento la integridad personal, física, moral y psicológica de niños y niñas que se vean involucradas, así es posible encontrar reglas como como la presencia de personal especializado para el desarrollo de su diligencia, medidas de protección, metodologías para la toma del testimonio de una niño o niña, etc.

Es importante resaltar que el Protocolo es un esfuerzo por dar cumplimiento a las obligaciones del Estado frente a la Convención, pero también resulta de una comprensión y aceptación del papel del niño y la niña como sujetos plenos de derechos. Una virtud del presente Protocolo es contar con un marco teórico fortalecido por las teorías que respaldan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que da sustento para la comprensión del papel que debe jugar el niño y la niña en los procesos judiciales. El Protocolo es exhaustivo en el desarrollo de los diversos métodos judiciales en los que se ven involucrados niños y niñas, sin embargo no es objetivo de este trabajo su análisis profundo, por lo que no abundaremos en ellos.

Su exhaustividad tiene como resultado que las directrices vayan en un sentido práctico, orientadas a la protección de los derechos de niñas y niños desde una perspectiva de infancia, evitando en su gran mayoría caer en visiones adultocéntricas o proteccionistas, incluso en reglas que pudieran atentar contra los mismos derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Resulta un acierto del poder judicial atender a su obligación convencional y constitucional, proveyendo a los operadores jurídicos herramientas prácticas para la defensa de los derechos de los niños y las niñas.

CONCLUSIÓN

A partir de la comprensión de las funciones, aplicación y nivel de protección de los principios en general, y del principio del Interés Superior del Niño y la Niña, nos es posible descubrir mediante el análisis realizado, que la falta de estudio y comprensión de los derechos de niños, niñas y adolescentes y en especial del principio del Interés Superior del Niño, ha derivado en que el mismo haya sido aplicado en múltiples ocasiones en detrimento de los mismos derechos de los niños y niñas. Lo mismo ha sido observado por los organismos especializados en derechos de niños y niñas por lo que en los últimos cinco años se han desarrollado criterios que buscan reducir la discreción interpretativa y aplicativa de dicho principio.

La definición de los fines, funciones y alcances del principio del Interés Superior del Niño, a nivel doctrinario y judicial (los pronunciamientos de la SCJN y Corte Interamericana), han aportado grandes avances a la delimitación del concepto, para dirigir su aplicación a la protección integral y efectiva de niños y niñas.

Sin embargo, los dos últimos instrumentos que se han estudiado a grandes rasgos en este apartado, marcan de manera definitiva una pauta para el actuar del Estado en relación con los niños y niñas. En el caso de la Observación General emitida por el Comité de Derechos del Niño, en relación a todos los órganos de gobierno; en el caso nacional por el Protocolo emitido por la SCJN, respecto al orden judicial.

El principio del Interés Superior del Niño es una directriz que marca ciertos fines y objetivos, como ser garantía de cumplimiento de los derechos de niños y niñas de manera integral, que busca proteger al niño contra decisiones arbitrarias que afecten su dignidad, su vida y su desarrollo pleno.

Obliga al Estado a su atención en todos sus órdenes de gobierno, a las instituciones privadas que trabajen con niños y niñas, y a los responsables de su cuidado directo (padre, madre, tutores).

Su importancia es tal que lo vemos reflejado en todos los instrumentos jurídicos, a nivel internacional y nacional que se refieren a los niños y niñas. Algunos de ellos, sobre todo a nivel nacional cuentan con una cantidad importante de deficiencias. Sin embargo, hacerlo explícito en los ordenamientos jurídicos que rigen la actuación de sociedad y gobierno le da un estatus de obligatoriedad importante.

A nivel nacional, en el ámbito legislativo, podemos observar que no existe una comprensión plena de lo que significa e implica el interés superior, pues el niño o niña aún no es reconocido como autónomo ni capaz.²³⁷ Pareciera que la inclusión del principio en los ordenamientos jurídicos no obedecen a ningún cambio de paradigma respecto al niño, sino simplemente a la necesidad de adecuar la legislación interna con la internacional. A diferencia del ámbito judicial en donde el máximo tribunal ha emitido criterios conformes para la actuación pro-niño y pro-niña en todas las actuaciones donde ellas y ellos se vean involucrados.

²³⁷ En la revisión de los estudios legislativos que se han hecho en los últimos años referentes a las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, respecto a los artículos que hablan sobre derechos de niños y niñas, y el principio del interés superior del niño, es frecuente encontrar que se le considera al niño incapaz, y que se les da una importancia mayor a los padres con sus obligaciones, por encima de los derechos de los niños. No existen nociones sobre el desarrollo progresivo de los niños, considerando que el niño o niña tiene uso de razón a partir de los 7 años. Véase Gamboa Montejano, Claudia, Valdés Robledo, Sandra y Gutiérrez Sánchez, Miriam. *Derechos de la niñez. Estudio teórico conceptual, de las iniciativas presentas en la LIX legislatura y hasta segundo periodo de la LX legislatura*. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Centro de Documentación, Investigación y Análisis de la Cámara de Diputados, LX Legislatura, 2008.

CAPÍTULO CUARTO

AUTONOMÍA PROGRESIVA Y PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA NIÑA, UN VÍNCULO INDISOCIABLE

1. Autonomía progresiva, una condición inherente a niños y niñas en una perspectiva de derechos.

1.1. Características biológico-cognitivas de niños, niñas y adolescentes

En el capítulo I nos hemos referido al concepto de “niño” y para ello nos apegamos a las características generales que da UNICEF. Sin embargo, para poder comprender la autonomía en un niño, nos parece importante hacer hincapié en las características biológico-cognitivas y emocionales de los niños, niñas y adolescentes.

En este sentido resulta indispensable para la construcción teórica del concepto de niño y de sus necesidades, pues puede ayudarnos a delimitar si es que en realidad es posible predicar de la categoría de infancia ciertas características propias que limiten la capacidad de autodeterminación y, en consecuencia, justifiquen un trato restrictivo en el ejercicio de los derechos.²³⁸

Dentro del estudio del desarrollo humano, en el ámbito de la psicología existen diversos especialistas que han realizado estudios sobre las etapas de la niñez y los rasgos que las caracterizan, y han señalado que la inteligencia va evolucionando en cada etapa de vida en función de tres aspectos: maduración del sistema nervioso, estímulos del medio ambiente e información genética.²³⁹

²³⁸ *Ibidem*, p. 69.

²³⁹ Los dos primeros aspectos los señala Margarita Griesbach en la obra *El niño víctima del delito. Fundamentos y orientaciones para una reforma procesal penal*, t. I, ODI, SSP, México, 2009, p. 65. La tercera característica por su parte, la señala González Contró en la obra *multicitada*, p. 70.

Aunque en cada niño sea diferente este proceso, los especialistas han atinado en señalar generalidades de este proceso de desarrollo. El siguiente cuadro muestra algunos rasgos característicos de distintas etapas de la vida estudiadas por dos grandes psicoanalistas, Jean Piaget²⁴⁰ y Erik Erikson²⁴¹.

PIAGET	ERIKSON
<p>Etapa Sensomotora (0-2 años)</p> <p>Entienden muy poco el lenguaje y no saben cómo usarlo para comunicarse con otros. Inteligencia práctica, emociones primarias en principio hacia la madre.</p>	<p>Primera etapa (0-1 año) Infancia</p> <p>Crisis en la etapa de desarrollo: confianza básica o desconfianza. Requieren un gestor que satisfaga sus necesidades de bebé para la construcción de la confianza.</p> <p>Virtud desarrollada: Esperanza</p>
<p>Etapa pre operacional-intuitiva (2-7 años)</p> <p>Pensamiento estático. Los referentes para las deducciones o conclusiones siempre son subjetivos. Egocentrismo-todo lo que procesan en el cerebro está relacionado con ellos mismos. Buscan la primera impresión para generar conclusiones. Aparición del lenguaje y del pensamiento propio. La comunicación es parcial.</p>	<p>Segunda etapa (1-3 años) Niñez temprana</p> <p>Crisis en la etapa de desarrollo: autonomía, o vergüenza y duda. Aparece una sensación de autonomía que se ve favorecida por el sentimiento de se capaz de elegir lo que se quiere tener y rechazar. La vergüenza viene del sentimiento de estar expuesto y que las deficiencias propias son visibles para los otros. La duda de la conciencia de tener frente y espalda.</p> <p>Virtud desarrollada: Voluntad</p>
<p>Etapa de operaciones concretas (7-12 años)</p> <p>Pueden realizar una mayor cantidad de</p>	<p>Tercera etapa (3-5 años) Edad de juego</p> <p>Crisis en la etapa de desarrollo: iniciativa y</p>

²⁴⁰ La teoría de Jean Piaget, a diferencia de otros investigadores de la mente infantil que pensaban que los niños son como son porque tienen menos habilidades mentales, pensaba que los niños eran fundamentalmente diferentes en la manera de pensar. El estudio que hace Piaget lo realiza a partir de los pensamientos de los niños por etapas, a partir de la observación de los hechos reales y experimentación. Butler-Bowdon, Tom, *50 clásicos de la psicología*, Tercera edición, España, Sirio, 2011, p. 311.

²⁴¹ El modelo de etapas de desarrollo humano de Erik Erikson es el modelo epigenético que surge como la primer teoría que busca explicar el ciclo de la vida desde la infancia vejez. El modelo plantea un esquema parecido a la del crecimiento embrionario, en el cual cada estado es el resultado de la maduración del anterior. El esquema parte de dos premisas básicas: a) La personalidad humana se desarrolla de acuerdo con pasos determinados por la capacidad de progresar, saber y relacionarse. B) La sociedad está constituida de tal manera que cumpla y estimule la sucesión de potencialidades para la interacción. Alienta y defiende la secuencia del desarrollo. Cada etapa por una crisis que debe resolverse antes de pasar a la siguiente. Fadiman, James y Frager, Robert, *Teorías de la personalidad*, Segunda Edición, México, Alfaomega, Oxford, 2006, p. 204 y 205.

PIAGET	ERIKSON
operaciones mentales, con problemas más abstractos. Son más conscientes de sí mismos, se preguntan si el fin por el que actúan se ajusta a sus necesidades. Capacidad de reflexión. Nuevos sentimientos morales. Diferencian entre el deber y el placer.	sentimientos de culpa. El niño toma un papel más activo en su entorno, se le debe promover la búsqueda y desarrollo de su iniciativa. El juego es la actividad básica. Siente enorme curiosidad y disposición para aprender. Surge la responsabilidad moral. Virtud desarrollada: Propósito
Etapa de operaciones formales (12-18 años) Maneja conceptos abstractos, pensamiento lógico-crítico. Conceptúan y anticipan, planean sus resultados. Predominancia de fuertes emociones. Desarrollo de personalidad. Aparición de conceptos como justicia y reciprocidad.	Cuarta etapa (5-12 años) Edad escolar Crisis en la etapa de desarrollo: Diligencia o inferioridad. Adquisición de habilidades y conocimientos a través de la instrucción en forma. Aprende a usar herramientas y utensilios. Virtud desarrollada: Competencia
	Quinta etapa (12 -18 años) Adolescencia Crisis en la etapa de desarrollo: identidad o confusión en la identidad. Transición entre la moral aprendida y la ética del adulto. Preocupación por la imagen proyectada. Búsqueda de la identidad propia. Cuestionan modelos de niñez y tratan de asumir nuevos papeles. Nuevo sentido de identidad del yo. Virtud desarrollada: Lealtad

** Tabla de elaboración personal con información tomada de los textos de González Contró y Griesbach.²⁴²

En la tabla anterior se puede observar cómo de manera paulatina los niños y niñas van desarrollando distintas capacidades y habilidades cognitivas que les van permitiendo comprender su entorno y su vida de manera más integral, así mismo les permite tener mayor consciencia y control sobre su cuerpo, sus pensamientos, sus emociones y sus acciones.

²⁴² La información para la elaboración de la presente tabla fue tomada de la obra de González Contró , Mónica. *Derechos de niñas, niños y adolescentes... Op. Cit.* Pp. 70 y sigs.; Griesbach, Margarita y otros. *El niño víctima del delito...Op. Cit.*, p. 65 y sigs, Fadiman, James y Frager, Robert, *Teorías de la personalidad, Op. Cit.*, p. 2016 a 2014; y Butler-Bowdon, Tom, *50 clásicos...Op. Cit.*, p. 311-316.

Ahora bien, es necesario saber si estas características representan o no tener autonomía, y para ello tendremos que regresar a la definición de autonomía, que si bien ya hemos referenciado, será necesario abundar un poco más en el tema.

En el primer capítulo hablamos de la autonomía como fundamento de los derechos humanos, basándonos en lo que diversos filósofos habían propuesto, en especial hablamos de Kant, y la autonomía de la voluntad. En este sentido, recordamos que la autonomía *es aquella que el sujeto quiere para sí como única ley que se impone a sí mismo, es autorrealización del ejercicio de la libertad del individuo, como elección y libre construcción de sí mismo y su propia identidad. Así entendido el concepto de autonomía nos está remitiendo a una cualidad inherente a la dignidad de la persona humana.*²⁴³

Silvy Layno nos dice que la autonomía da la posibilidad a la persona de conducir sus acciones con base en sus preferencias o intereses inmediatos, relacionando su propia identidad moral (la cual se forja en su desarrollo social y cultural) con la situación concreta y la decisión que tome.²⁴⁴

Podemos dilucidar dos aspectos básicos de la autonomía, uno relacionado con la moral y otro relacionado con el desarrollo biológico-mental, físico y afectivo. Por aspecto moral nos referimos a su vínculo con la dignidad, respecto a la cual abundamos en el capítulo primero; cuando hablamos de desarrollo biológico en sus distintas facetas, nos referimos a la capacidad de autogestión, ejercicio de libertad para la construcción de sí mismo y la libertad de elección.

Desde la postura y teoría que adoptamos para la fundamentación de los derechos humanos, y partiendo de una tesis constructivista, coincidimos con entender la autonomía de la voluntad y la dignidad de la persona como ejes rectores de los derechos humanos, que se encuentran íntimamente ligados.

La dignidad es la exigencia de respeto a cualquier ser humano, concepto en el que, como vimos en el capítulo I, están considerados todos los niños y

²⁴³ Layno Pereira, Silvia E. *Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia*. UNICEF, Uruguay, p. 21.

²⁴⁴ *Idem*

niñas, independientemente de su edad. La autonomía, al ser inherente a la dignidad, en el entendido que existe un vínculo indisociable entre dignidad y voluntad, entonces debe ser reconocida (al menos en el ámbito moral) a todo niño y niña. De no ser así entonces estaríamos atentando contra el principio fundamental de los derechos humanos.

En segundo término tenemos el aspecto psicológico relacionado a la autonomía. En este plano nos remitimos a las características que nos presenta la tabla que se expuso anteriormente, en donde se muestra que el desarrollo de estas habilidades cognoscitivas, físicas y emocionales es paulatino. Incluso Erikson reconoce grados de mayor autonomía desde el primer año de vida, en el desarrollo de sus habilidades y capacidades respecto a sí mismo y en relación con el entorno, lo que fomenta en él o ella, niveles de autodeterminación, y en ello para el mismo ejercicio de sus derechos, tal como lo señala Mineresky:

El niño constituye una totalidad, al igual que sus derechos y necesidades, y esa totalidad es completa en función de su etapa vital, por lo que podemos decir que existen diferencias entre las necesidades y la subjetividad de un niño, un adolescente y un adulto, diferentes de acuerdo con la etapa de desarrollo en la que se encuentre, la que va a construir el parámetro del grado de autonomía para el pleno ejercicio de los derechos.²⁴⁵

Las y los teóricos que defienden la autonomía en los niños, niñas y adolescentes como rasgo esencial de su titularidad de derechos, atienden a la tesis de la autonomía progresiva. La autonomía progresiva supone que *“en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado bajo un concepto paternalista, operando como límite a la autoridad sin importar quien pretenda ejercerla.”*²⁴⁶

Es decir, la autonomía progresiva es el reconocimiento de que niños y niñas no se hacen autónomos en el transcurso de un día, sino que volverse autónomos implica un ejercicio paulatino que conlleva el desarrollo de

²⁴⁵ Mineresky, 2007 en Viola, Sabrina. “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente” en *Cuestión de Derechos, revista electrónica*. No. 3, p. 86.

²⁴⁶ Layno Pereira, Silvia E. *Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia...Op. Cit.*, p. 22.

habilidades y capacidades que inicia desde el nacimiento y se propicia durante la niñez y la adolescencia, incluso en la adultez.

La etapa de la niñez puede ser entendida como una fase de la construcción de la autonomía, sin que ello signifique ausencia de ésta. Esta construcción es un proceso a través del cual se le dota al niño o niña de herramientas para poder ejercer su autonomía, y ese mismo ejercicio propicia su desarrollo²⁴⁷, como un circuito cerrado.

Ahora bien, atendiendo a la misma definición y las características de las etapas más tempranas podríamos encontrar muchas objeciones a esta teoría por la falta de desarrollo de habilidades que permitan la autogestión y ejercicio de libertad que exige la autonomía.²⁴⁸

En ese sentido se pronuncia la doctrina cuando señala que la autonomía implica en la etapa de la infancia el ejercicio de las capacidades en el momento presente. De igual manera, podría señalarse que las personas adultas no siempre guían sus decisiones con el uso estricto de la autonomía como la capacidad de ajustar sus decisiones diarias al plan de vida, sino que se guían por deseos, intuiciones, preferencias o influencias externas, que aun así deben ser respetadas. Por lo que una objeción de ese tipo, no podría ser válida para el caso de las niñas y los niños²⁴⁹, pues en cada momento y etapa de su vida cuentan con grados de autonomía que guían sus acciones en el presente.

Cualquier persona desde su nacimiento va desarrollando de manera paulatina su autonomía, sin embargo al depender el desarrollo del medio y del

²⁴⁷ González Contró, Mónica, *Derechos de niñas, niños y adolescentes...* Op. Cit. P. 255.

²⁴⁸ *Por otra parte, se ha dicho también que los criterios para evaluar la autonomía son más exigentes en el caso de los niños que en el caso de los adultos. Se asume que en condiciones normales un ser humano que ha alcanzado la mayoría de edad -dejando de lado que ésta también es determinada convencionalmente- ha conseguido la autonomía y es titular de todos los derechos. Ningún autor pondría en duda esta afirmación, ya se inclinara por la teoría de la voluntad o del interés; sin embargo, ¿cuáles son las características que ha alcanzado? Dudosamente algún especialista —del ámbito jurídico— podría hacer una descripción precisa. Simplemente se presupone y se fija una norma general. No se le somete a evaluación alguna para otorgarle la plena titularidad de derechos. Pero en el caso de los niños, para permitirles ejercitar por sí mismos un derecho se les exige en muchas ocasiones más condiciones que las que tendría un adulto normal: madurez, autonomía, capacidad para comprender la información, etcétera. Ibidem, p. 222.*

²⁴⁹ González Contró, Mónica; Padrón Innamorato, Mauricio y Márquez Gómez, Daniel. *Propuesta Teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, IJ-UNAM, 2012, p. 58

contexto, es menester para alimentar esta autonomía, que a esa persona se le otorguen las herramientas necesarias para su ejercicio, atendiendo a que, por el nivel de desarrollo biológico y cognitivo, es dependiente de terceros. En aquellos aspectos en que le sea realmente imposible ejercer autonomía se deberá atender a las necesidades objetivas de cualquier ser humano en dos sentidos: el ejercicio de sus derechos y el desarrollo de su autonomía²⁵⁰, como lo establece la teoría de las necesidades antes analizada.

Conforme esta persona vaya creciendo y se vaya desarrollando el acompañamiento deberá servir como medio para incrementar el ejercicio de la voluntad del niño o niña respecto aquello que su etapa biológica vaya permitiendo, y en lo demás seguirá siendo atendido respecto a sus necesidades; en el entendido que el desarrollo de su autonomía deberá ser aceptado y fomentado en cada etapa de la niñez.

La teoría de las necesidades expuesta permite dotar de un contenido concreto a los intereses en cada una de las etapas de desarrollo para dar lugar a unos derechos acordes con el crecimiento...de modo que de acuerdo con el desarrollo y la evolución de este interés puede ir cambiando la manera en que los derechos reconocen y protegen este interés.²⁵¹

La teoría anterior, como lo vimos en el segundo capítulo, elimina el carácter paternalista del adulto (Estado, sociedad o padres) sobre el niño o niña, pues en ninguna etapa de la niñez se invisibiliza o sustituye su voluntad y autonomía, al contrario ésta se alienta. Sin embargo, las imposibilidades de expresarla no impiden la protección de sus derechos, pues de éstos son titulares por el simple hecho de gozar de grados de autonomía desde el inicio de su vida, y se materializan a partir de las necesidades que fungen como sus primeros intereses.

Resulta trascendente subrayar lo ya dicho en el segundo capítulo, respecto a que las necesidades cubiertas deben ser objetivas y racionales, con la finalidad de no caer en el adultismo que nos terminaría llevando de regreso a

²⁵⁰ Mónica González propone con su teoría del interés basada en necesidades objetivas y no en una postura paternalista que intenta adivinar los intereses de los niños a través de una óptica de adultos, que se pueda ver la autonomía en los niños como un fin y un medio al mismo tiempo.

²⁵¹ González Contró, Mónica, *Derechos de niñas, niños y adolescentes...* Op. Cit., p. 255 y 256.

un sistema paternalista, en donde quienes definan el interés y lo importante para el niño o niña sean los adultos a través de sus propias creencias.²⁵²

En suma con las características que hemos plasmado anteriormente podemos afirmar que los niños y las niñas cuentan con autonomía que se va desarrollando de manera progresiva a lo largo de su vida, en los ámbitos moral, biológico y cognoscitivo. Y que en la medida en que crecen, desarrollan habilidades para ejercer mayores grados de autonomía.

Naturaleza jurídica de la autonomía progresiva

Ahora que se ha definido la autonomía progresiva y hemos evidenciado que niños y niñas cuentan con ella, es necesario enfocar nuestra atención a su naturaleza jurídica. Es decir, definir si cuando hablamos de autonomía progresiva estamos hablando de una regla, de un principio, de un derecho, una institución, un atributo de la personalidad, etc., en el contexto específico de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En realidad, nos interesa abordar el análisis de la autonomía progresiva desde la perspectiva de una condición, un principio y de una regla:

1.2. Autonomía progresiva como condición de niños, niñas y adolescentes.

Se parte de la idea de que la autonomía progresiva es en sí una característica del ser humano que adquiere cada persona en su desarrollo motriz, emocional y mental a medida que va creciendo, de conformidad con las características generales de las etapas de la niñez que anteriormente hemos estudiado. Es un

²⁵² Las necesidades deben de ser susceptibles de ser convertidas en derechos racionales y razonables, con obligaciones correlativas que aseguren que niños y niñas podrán gozar de ellos y a los que deberán obligatoriamente, hacerse acreedores. Para que ello suceda, las necesidades deberán pasar el siguiente test: 1. ser traducibles a un lenguaje de derechos. 2. existir la posibilidad de su realización. 3. ser universales. 4. apelar a fines últimos. 5. ser indispensables para la salud física y la autonomía, de tal manera que la no satisfacción tenga como consecuencia un daño grave para el individuo. Véase en González Contró, Mónica *et.al.*. *Propuesta Teórico-metodológica para la armonización legislativa Op. Cit.*, p. 52.

atributo a la persona, independientemente de su inserción o no dentro del ordenamiento jurídico.

Derivado de ello, creo que la naturaleza básica de la autonomía progresiva es la de ser una condición del ser humano.

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, una condición significa *[[e]stado, situación especial en que se halla alguien o algo.*²⁵³ Los niños y niñas se encuentran, como lo hemos visto ya, en una situación especial respecto a su autonomía, pues en cada etapa de su vida cuentan con características distintas que les impulsa a tener mayor control sobre sí mismos. Es pues un estado especial en que se hallan en cada etapa de su vida respecto a la autonomía.²⁵⁴

Si consideramos que la autonomía progresiva es una condición de la persona, entonces se genera un vínculo indisociable de la persona con el término, y el nivel de autonomía dependerá exclusivamente del estado en el que se encuentre cada niño niña en el momento específico. Lo anterior, se encuentra íntimamente relacionado con el propósito de considerar la autonomía progresiva en la Convención. Es decir, la autonomía progresiva es un rasgo o característica inherente a las personas y como tal debe ser considerado en el o la niña. Y en ese sentido debe ser tomado en cuenta.

Ahora bien, la autonomía se encuentra íntimamente relacionada con la titularidad de derechos, y por ello es estudiada en este apartado. Desde esta perspectiva, nos conviene analizar cómo podría ser protegida o considerarse desde el ámbito jurídico, derivado de la importancia que detenta.

Entonces, jurídicamente podríamos decir que la autonomía progresiva representa un *bien o interés jurídico* respecto al cual se podrían imponer obligaciones y crear derechos que busquen proteger esa autonomía. Cillero Bruñol se refiere a la autonomía progresiva como un *interés* y señala que *[[]a*

²⁵³ <http://lema.rae.es/drae/?val=condición>

²⁵⁴ Es importante señalar que no nos estamos refiriendo a la palabra condición en términos jurídicos, en donde puede llevar la carga de cumplir con cierta obligación para obtener ciertos beneficios.

*promoción y respeto de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, se convierte en uno de los intereses jurídicos que deben ser protegidos.*²⁵⁵

El hecho de crear derechos e imponer obligaciones justifica que la relevancia de la misma sea tal que es necesario que alguien la atienda y garantice para preservar y respetar los derechos de sus poseedores.

Propongo considerar de inicio a la autonomía progresiva como una condición y como un interés jurídico que debe ser protegido en el siguiente sentido.

1. **Como condición:** es un estado inherente a su desarrollo, que no puede ser atribuido por los adultos, sino reconocido en el niño o niña.
2. **Como interés jurídico:** un bien de la persona que debe ser protegido jurídicamente por su relevancia.

1.3. Autonomía progresiva como principio

Como se ha mencionado en el primer capítulo, el Comité sobre los derechos de los niños se pronunció en su Observación General no. 5²⁵⁶ sobre la aplicación de los derechos establecidos en la Convención, y en ella enunció los que él consideraba los “principios generales” de la Convención, a decir el principio de no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, y el derecho a ser escuchado y tomado en cuenta.

En ese sentido, es posible observar que la autonomía progresiva no es considerado por el Comité como un principio general o rector de la Convención. Asimismo, no se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación referencia alguna a la autonomía progresiva como un principio. Sin embargo, han sido muchos y muy diversos los juristas²⁵⁷ que han colocado a la autonomía progresiva en el nivel de un principio jurídico.

²⁵⁵ Cillero Bruñol, Miguel, *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*, p. 72

²⁵⁶ *Observación General No.5, Op. Cit.*

²⁵⁷ Autores como Herrera, Marisa. *Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil, y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el*

Sin descartar a la autonomía progresiva como una condición y un bien jurídico, es necesario hacer un análisis sobre la manera en que se protege a este bien jurídico, es decir si la protección jurídica se da a través de un principio o de una regla.

En ese orden de ideas, es importante señalar que para hacer el análisis de la autonomía progresiva como principio es necesario revisar el término inserto en un enunciado jurídico que nos permita revisar las características que reviste para determinar si estamos en presencia de un principio o de una regla jurídica.

En el entendido que la Autonomía Progresiva no se encuentra descrita como tal en la Convención o en la Ley General²⁵⁸, entonces me permitiré realizar el análisis a partir de una propuesta de enunciado que, a mi parecer, debería encontrarse en las leyes de derechos de niños, niñas y adolescentes para su efectivo reconocimiento y atención.

“En todo momento se deberá considerar el nivel de autonomía de la niña, niño y adolescente, así como la progresividad de ésta, para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como para la toma de decisiones que los y las involucre.”

De acuerdo a la propuesta anterior, a continuación realizaré un análisis de las características que tienen los principios jurídicos y los contrastaremos con la autonomía progresiva para poder determinar si ésta puede ser considerada como tal, y por lo tanto recibir el mismo tratamiento que un principio.

Tomaré como base de ello las características aducidas en el capítulo III de este trabajo y daremos las razones por las cuáles a nuestro criterio, la autonomía progresiva cuenta o no con ese atributo.

principio de autonomía progresiva en el derecho argentino.
http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/herrera-ensayo_para_pensar_en_justicia_y_derechos.pdf; Miguel Cillero Bruñol y Sabrina Viola también lo mencionan en las obras antes citadas.

²⁵⁸ El término de la autonomía progresiva es reconocido a partir de la doctrina, a partir del estudio de la titularidad de derechos por parte de niños, niñas y adolescentes. Es posible observar que en algunos artículos de la Convención se hace referencia a este desarrollo progresivo al que deberá atenderse para el ejercicio de algunos derechos, sin embargo la Convención no se refiere de manera explícita a este término. En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se reconoce la Autonomía Progresiva como principio, sin que éste se inserte en un enunciado jurídico como tal.

Recordemos que de acuerdo con lo visto anteriormente, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo se lleve a cabo en la mayor medida de lo posible, que resulta una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Característica	Autonomía Progresiva
Representan razones para las decisiones en uno u otro sentido. ✓	El nivel de autonomía que haya adquirido la niña o niño en cuestión, será un factor determinante en la decisión. Por una parte para que se exprese y su opinión sea tomada en cuenta, y por otra para valorar el desarrollo de su capacidad para realizar y/o comprender ciertas cosas. ²⁵⁹
Mayor indeterminación por su forma abierta (no determinan las condiciones de su aplicación) ✓	La autonomía progresiva no es un término cerrado, no es definido y es netamente indeterminado. Sin embargo, esta indeterminación depende de la persona y su nivel de desarrollo. No tiene condiciones de aplicación puesto que es una característica que depende del sujeto, únicamente. Dependiendo de las características específicas que presente el niño o niña serán las condiciones en que sean aplicadas.
Pueden ser cumplidos en diferentes niveles. ✓	Si bien la autonomía progresiva es una característica o atributo de la persona, atender a la autonomía del niño o niña es diferenciable en grados, derivado de las características propias y el nivel de desarrollo de cada niño o niña. Se atiende al contexto y características específicas.
Guardan una afinidad profunda con los valores y los objetivos	La autonomía progresiva de acuerdo a los estudios que aquí he retomado, se encuentra íntimamente

²⁵⁹ Marisa Herrera le llama también capacidad progresiva haciendo alusión al atributo que el código civil les reconoce a las personas, para el ejercicio, goce y titularidad de sus derechos.

<p>morales y políticos de una sociedad ✓</p>	<p>ligada al valor de la dignidad de la persona, al reconocimiento de la valía personal de niños y niñas como seres humanos, y a una visión cultural de respeto por los derechos humanos.</p>
<p>Su validez radica en su aceptación en la práctica jurídica. ✓</p>	<p>Si bien la autonomía progresiva es un rasgo que se encuentra en el desarrollo de cualquier persona y su existencia es independiente de cualquier cuestión jurídica, su reconocimiento y aceptación por autoridades sí depende de su inclusión en un ordenamiento, pero ello no determina su existencia.</p>
<p>Tienen dimensión de peso. ✓</p>	<p>La importancia de la autonomía progresiva es mayúscula, pues se encuentra íntimamente ligada con el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derechos. Sin embargo, no tiene un peso que deberá ser comparado con otras situaciones, el nivel de autonomía deberá ser valorada con primacía, independientemente de cualquier factor, y su peso nunca es relativo.</p>
<p>Significado abstracto que se concreta en cada caso. ✓</p>	<p>No es posible dotar de un significado de la autonomía progresiva, pues ésta se concreta en cada persona dependiendo del contexto y características que posee.</p>
<p>En caso de colisión de principios, se ponderan, sin que ello signifique la invalidez de uno de ellos. ✓</p>	<p>En caso de colisión con otro principio siempre se deberá buscar la máxima optimización de ambos, incluso cuando la ponderación implique priorizar el otro principio por encima de la autonomía progresiva, ésta deberá siempre considerarse y atenderse, sin considerarla inválida, ya que la autonomía es un principio directamente vinculado con la titularidad de derechos.</p>

De conformidad con la tabla anterior, podríamos observar que la autonomía progresiva cumple con todos los requisitos de un principio. Es cierto que la autonomía progresiva como atributo de las personas menores de edad (niños, niñas y adolescentes) podría no configurar un principio. Sin embargo, de manera similar al Interés Superior del Niño o Niña, su inserción en el instrumento jurídico podría tomar la forma de principio jurídico, con una obligación de atención y cumplimiento por parte de la autoridad.

Para que se configure a manera de principio jurídico debe estructurarse a manera de norma dentro de un texto jurídico. Lo anterior, debido a que el mero término no implica su carácter de principio, éste se ha deducido del cuadro anterior, tomando en cuenta que la autonomía progresiva por sí misma implica un término abierto que no podrá, bajo ninguna circunstancia tener un tratamiento de regla, por la indeterminación del mismo término y su necesidad expresa de ser interpretada de manera casuística.

El reconocimiento de la autonomía progresiva dentro de un marco jurídico de protección a niñas y niños resulta necesario para que la titularidad de derechos humanos sea respetada y garantizada, de otra manera podría sólo resultar una teoría del desarrollo de la niñez, sin ningún impacto en la protección de los mismos.

Si se piensa en la autonomía progresiva como principio jurídico, entonces el Estado quedaría obligado a su máxima optimización en todas sus actuaciones, sin posibilidad de elección para su aplicación. Asimismo, el principio jurídico lo obligaría a realizar un análisis del grado de autonomía con que cuenta el niño o niña, pues el significado abstracto debería concretarse en cada caso.

En ese sentido, la protección y respeto de la autonomía progresiva como un principio jurídico garantizaría la titularidad de derechos por parte de niños y niñas. Así, juega un papel funcional a manera de candado a fin de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

1.4. Autonomía progresiva como regla

Ahora tomaré las características principales que en el capítulo anterior hemos descrito de las reglas, y haremos un ejercicio de contraste entre la autonomía progresiva y las reglas jurídicas.

En realidad no he encontrado ningún jurista que sustente que la autonomía progresiva pueda funcionar como una regla jurídica, en muchas ocasiones se refieren a ella sin dotarla de una naturaleza jurídica, social, biológica, etc. Simplemente explican a qué se refiere la misma.²⁶⁰ Sin embargo, este análisis nos ayudará a encontrar la naturaleza de este elemento, tomando en consideración el enunciado construido como propuesta de la autonomía progresiva como base del reconocimiento de la titularidad de derechos.

Característica	Autonomía progresiva
<p style="text-align: center;">✓</p> <p>Lógica deóntica</p>	<p>En la propuesta del enunciado jurídico que protegerá a la autonomía progresiva se maneja una lógica deóntica en que se impone una obligación de actuación, un deber.</p>
<p>Determinan con precisión las condiciones de su aplicación.</p>	<p style="text-align: center;">x</p> <p>El carácter subjetivo que tiene la autonomía progresiva, impide que sean precisas las condiciones de su aplicación, pues dependerá del desarrollo que tenga cada niña o niño en cuestión.</p>

²⁶⁰ La CorteIDH, en el *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239; *DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO*. Tesis aislada. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, t 1; p. 884. Ambas se refieren a la autonomía progresiva sin definirla en términos de principio o regla jurídica, sino que hacen una descripción de lo que la autonomía progresiva implica.

<p style="text-align: right;">✓</p> <p>Son objeto de interpretación</p>	<p>La autonomía progresiva debe ser observada e interpretada, de manera objetiva en cada caso.</p>
<p>Aplicación disyuntiva (Forma todo o nada).</p>	<p style="text-align: center;">x</p> <p>El mismo término de autonomía progresiva alude al antónimo de la aplicación disyuntiva, pues se entiende que la autonomía se va adquiriendo paulatinamente.</p>
<p>Nexo automático entre hechos y conclusión.</p>	<p style="text-align: center;">x</p> <p>Si bien existen criterios generales que señalan el nivel de madurez y autonomía ejercen niños y niñas dependiendo de la edad, esto depende mucho del contexto particular de cada uno de ellos, por lo que no es posible aseverar que a cierta edad se deberán tener tener ciertas conclusiones, pues ello requiere de un análisis más profundo.</p>
<p>Gran fuerza concluyente</p>	<p style="text-align: center;">✓</p> <p>Una vez que se haya reconocido el nivel de autonomía con que cuenta la persona, ésta deberá ser concluyente para el ejercicio de los derechos de niños y niñas por sí mismas, y para que su opinión sea tomada en cuenta.</p>
<p>En caso de colisión, ésta se resuelve por criterios de validez de la norma</p>	<p style="text-align: center;">x</p> <p>La autonomía progresiva no es en sí una regla y por sus características e importancia no podría o debería estar en colisión con otras normas.</p>

Es importante señalar que estamos identificando la naturaleza a la que responde la autonomía progresiva, y no las formas podría tomar, puesto que cualquier

regla podría retomar este concepto y estar contemplada en un ordenamiento jurídico, y entonces adquirir todas las características que acabamos de revisar. Por ejemplo *[a]l operador jurídico que, en el momento de tomar una decisión en donde esté implicado un menor de edad, no muestre haber realizado una evaluación sobre la autonomía progresiva adquirida por el mismo, será sancionado y su decisión carecerá de validez*. Entonces podríamos hablar de una regla, en donde la autonomía progresiva forma parte del hecho, una circunstancia que impone un deber a alguien. Sin embargo, de conformidad con la contrucción propuesta, en donde la autonomía progresiva sustenta por una parte la titularidad de derechos, entonces no se puede considerar a partir de una regla jurídica.

Cabe resaltar que considerar a la autonomía progresiva como una regla jurídica podría poner en riesgo su aplicación, pues de acuerdo a sus características, es posible incluso expulsar del sistema jurídico una regla que esté en colisión con otra. Por otro lado, sería una regla que se aplicaría de manera similar en todos los casos, sin que existiera una interpretación pormenorizada en cada caso, lo que resultaría en ocasiones benéfico y en ocasiones contraproducente para el respeto de sus derechos.

En conclusión, respecto a la naturaleza jurídica de la autonomía progresiva podríamos decir que de acuerdo al análisis antes realizado la autonomía progresiva es una condición de cualquier ser humano que va desarrollándose a través del tiempo, de manera general, que constituye un bien jurídico a tutelarse por parte del Estado, a través de un principio jurídico.

1.5. El derecho de niños, niñas y adolescentes respecto a la autonomía progresiva

Aunado a lo anteriormente expuesto, también creemos que es necesario que la autonomía progresiva cuente con una protección adicional que revista la forma de derecho y que implique una forma de hacerlo exigible hacia los demás.

Lo que se propone es construirlo como un derecho subjetivo fundamental, que la persona pueda hacer válido ante las instancias o personas obligadas, basado en el reconocimiento del mismo, para quedar de la siguiente manera.

El niño y la niña tienen derecho al reconocimiento y fomento de su autonomía progresiva, y que ésta sea tomada en cuenta y valorada en cualquier decisión que se tome respecto a él y/o ella, especialmente cuando se trata del establecimiento de su interés superior.

En este sentido, es importante hacer hincapié en que el derecho que tiene no es el de tener una autonomía progresiva, sino a que se le reconozca y se le propicie su desarrollo, otorgándole las herramientas necesarias para que de manera paulatina vaya adquiriendo mayores índices de autonomía.

A final de cuentas tendríamos el siguiente esquema:

La autonomía progresiva es una condición del ser humano que adquieren las personas a la par de su desarrollo mental, emocional y motriz, que jurídicamente se le valora como un bien o interés jurídico que debe ser efectivamente protegido y valorado como un principio jurídico y respecto al cual los niños y niñas obtienen ciertos derechos.

1.6. Niños, niñas y adolescentes titulares de derechos humanos.

Ser considerados sujetos plenos...implica que deben ser protagonistas de su propia vida y que irán adquiriendo autonomía para la toma de decisiones de acuerdo a su evolución.²⁶¹

Hasta este punto hemos realizado un análisis de diversos conceptos que se vinculan con los derechos de niños, niñas y adolescentes sin vincularlos entre sí para lograr el objetivo de la presente tesis. Por ello, resulta necesario en este punto comenzar a unir las piezas que tenemos a fin de poder observar el panorama completo y verificar si es que la titularidad de los derechos de los niños y niñas es sostenible, así como vislumbrar la relación existente entre autonomía progresiva, titularidad de derechos y el principio del Interés Superior del Niño.

²⁶¹ Viola, Sabrina, *Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil...Op. Cit.*, p. 82

Si hacemos un breve recuento de lo hasta ahora analizado así como de las teorías recogidas y a las que nos hemos apegado, encontramos que la titularidad de derechos se respalda en la teoría del interés. Esta teoría nos abre las posibilidades a demostrar que debido a que niños y niñas tienen intereses legítimos son titulares de derechos.

Sin embargo, de conformidad con la descripción de la teoría del interés, niños y niñas carecen de autonomía por lo que sus intereses son definidos por los adultos. Esto genera una contradicción en la propia teoría, pues los niños, niñas y adolescentes vuelven a ser considerados objetos de protección, y la titularidad de derechos pierde sentido.

Es por ello que la teoría de las necesidades viene a subsanar esta dicotomía señalando que los intereses de niños y niñas en sus primeros años de vida, cuando apenas comienzan a desarrollar su autonomía, son definidos de conformidad con sus necesidades objetivamente establecidas y éstas deben ser cubiertas por la familia en primera instancia. Simultáneamente, debe de propiciarse y fomentarse el desarrollo de su propia autonomía.

En suma, los y las niñas son sujetos titulares de derechos en tanto tienen intereses que deben ser protegidos. Estos intereses son traducidos en necesidades frente a la ausencia de autonomía y en el ejercicio de la misma conforme se vaya desarrollando, lo cual les permite asumir sus propios intereses, poder ejercer y exigir sus derechos.

Para González Contró la autonomía debe servir como fundamento y límite de los derechos de niños y niñas; fundamento en cuanto que debe permitirse la máxima autonomía posible en ejercicio de su libertad y sus derechos, y como límite hasta el momento en que no comprometa otras áreas de su desarrollo.²⁶²

Para fomentar la autonomía, es necesario que el ejercicio de derechos por parte de los niños y niñas se haga efectivo a través de diversos mecanismos especialmente diseñados que aseguren el mismo desarrollo de su autonomía,

²⁶² González Contró, Mónica, *Derechos de niñas, niños y adolescentes...Op. Cit.*, p. 247. En el mismo sentido se expresa Silvy Layno cuando señala "se debe aplicar una protección para la libertad que le proporcione las herramientas necesarias para que el niño pueda desarrollar sus propias capacidades asegurándole el efectivo ejercicio de sus derechos y no la conculcación de los mismos." *Op. Cit.*, p. 25

de otra manera no se estaría reconociendo su titularidad, Esto resulta trascendente para generar de manera efectiva un desarrollo en la autonomía de niños y niñas, pues la simple disposición jurídica plasmada en el texto legal no resulta suficiente, es necesario que ellos y ellas conozcan, aprendan y exijan sus derechos, con mecanismos adecuados para ello.

Asimismo, es indispensable tener en cuenta que la participación de terceros responsables (padres, sociedad y Estado) no sustituyen la voluntad de niños y niñas, sino que actúan como canales de expresión de la autonomía de los mismos, aunado al deber de orientar y guiar en el ejercicio de sus derechos y de la evolución progresiva de sus habilidades, capacidades y conocimientos.

Ahora que hemos tenido la oportunidad de definir un concepto base de la autonomía progresiva para el desarrollo de la presente teoría, de encontrar un enlace entre la autonomía progresiva y la titularidad de derechos, y las razones por las que la Convención sobre los Derechos del Niño basa, en gran parte, el carácter de sujetos de derecho de los niños y niñas en la autonomía progresiva es necesario analizar qué impacto tiene la autonomía progresiva en el interés superior del niño.

2. La Autonomía Orogresiva garantía de una aplicación eficaz del principio del Interés Superior del Niño.

Durante los capítulos pasados me he dedicado a justificar la calidad de sujetos de derechos humanos que tienen los niños y niñas, desde razones básicas como ser parte de la especie humana, hasta razones jurídicas sobre su reconocimiento en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En toda esa línea de justificación pasé por la revisión de la autonomía progresiva que resulta un punto fundamental y trascendente para el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derechos, ya que demostrando el desarrollo de su propia autonomía, es posible derribar muchas de las objeciones que se tenían en contra de reconocer derechos específicos para

niños y niñas, basados en la concepción de éstos como objeto de protección, carentes de madurez, autonomía y capacidad de discernimiento propio, por lo que su voluntad debía ser sustituida por el Estado, por sus padres y por la sociedad en general.

Reconocer que existe un proceso de formación de la autonomía para la toma de decisiones propias, basado en un juicio que permita la construcción de un proyecto de vida, el cual se va desarrollando desde los primeros años de vida, rompe con el paradigma del sistema tutelar para demostrar que niños y niñas pueden ejercer sus propios derechos a medida que su autonomía se va formando, y mientras tanto, se deberá atender a sus necesidades e intereses, fomentando a su vez el desarrollo de la autonomía.

Que se les considere sujetos de derechos implica que se atienda de manera prioritaria a lo que los niños, niñas y adolescentes deben tener acceso y de lo que deben estar alejados, para procurar su libre desarrollo, su vida y su dignidad, reconociendo que por sus características especiales requieren de derechos especiales. Estos derechos deben estar, como todos los derechos, protegidos y garantizados por el Estado, y en este caso por los responsables del cuidado de cada niño y niña.

[L]a idea de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño se constituye en la clave para interpretar la función del Estado y la familia en la promoción del desarrollo integral del niño.²⁶³

Por otro lado, se ha revisado ampliamente el principio del Interés Superior del Niño, sus implicaciones, su función y su aplicación. Este principio ha sido reconocido por el Comité de los Derechos del Niño como uno de principios generales o rectores de la propia Convención. Su importancia es mayúscula al ser un principio cuyo mandato implica el cumplimiento, en la mayor medida de lo posible, de todos los derechos enunciados en la Convención, y que se ponga mayor atención hacia aquello que más beneficie a esos derechos, y por ende al niño o niña.

²⁶³ Cillero Bruñol, Miguel, *Infancia, Autonomía y Derechos... Op. Cit.*, p. 5

Asimismo, he revisado que la mayor parte de los problemas derivados de la aplicación del principio provienen de la—todavía inserta en nuestra cultura—creencia de que el adulto tiene la razón y sabe cuál es el interés superior del niño regresando a la concepción tutelar. Eso conlleva a la negación de autonomía o voluntad del niño o niña y por lo tanto negarle su carácter de sujeto de derechos. De esta deficiencia cultural derivan otros dos problemas del principio: una función meramente declarativa y la falta de protección integral de derechos debido al desconocimiento de los mismos.

Todos los problemas antes descritos, tienen como consecuencia la desprotección de niños y niñas en sus derechos, en su vida, su desarrollo, su dignidad y los vuelve a colocar en una situación de desprotección y de vulnerabilidad. Ello encuentra su origen en la no aceptación y no reconocimiento de que niños y niñas cuentan con los atributos y facultades necesarias que lo hagan sujeto de derechos.

La lógica de la afirmación anterior proviene de la función que tiene el principio del Interés Superior del Niño o niña y del cual acabamos de hacer mención. ¿Cómo es posible asegurar el pleno ejercicio de los derechos enunciados en la Convención si quienes aplican la ley no están convencidos de la existencia de esa titularidad?

Si tomamos como ejemplo el derecho a ser escuchados, es posible observar que si no se considera que los niños y niñas puedan ser titulares de derechos humanos, o bien se sigue creyendo que no tienen autonomía, entonces el derecho a expresar su opinión y que ésta sea tomada en cuenta²⁶⁴ no podría ser optimizado, puesto que su opinión carece de validez frente a su *inmadurez racional*.

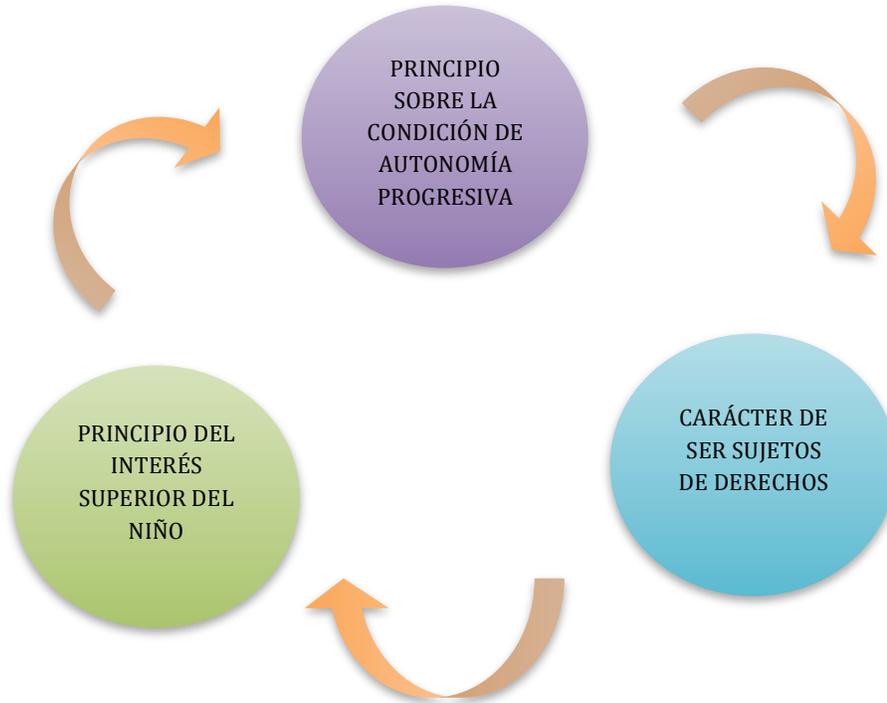
²⁶⁴ Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. *Convención sobre los derechos del niño. Op.Cit.*

Tomemos otro ejemplo, en caso de un conflicto entre el derecho al juego y el derecho a la educación, cuando no se considera al niño sujeto de derechos. En este caso el interés superior de éste se consideraría en función de lo que antes hemos citado como *adultismo*, y se le da prioridad al derecho que los adultos obligados consideren más formativo para los niños o niñas.

La efectividad del interés superior del niño y de la niña está supeditado al reconocimiento de éstos como sujetos plenos de derechos, y a su vez ser sujeto de derechos está fundamentado en la autonomía cuyo desarrollo se caracteriza, en la niñez y adolescencia, por ser paulatino y progresivo.

Lo anterior describe un vínculo indisociable entre la protección realmente efectiva y pro-niño o niña del principio del Interés Superior del Niño y la autonomía progresiva que presentan niños, niñas y adolescentes. Propongo describir el vínculo de la siguiente manera: ***el reconocimiento y protección de la autonomía progresiva como condición inherente al desarrollo de niños, niñas y adolescentes es indispensable para su, entonces inegable, consideración como sujeto de derechos. En ese sentido, todos los responsables de brindar protección y respeto a estos derechos estarán en posibilidad de realizar una aplicación efectiva del principio del interés superior del niño, la niña y el adolescente, con todo lo que ello implica.***

Resulta interesante recordar que entre las implicaciones que tiene el interés superior del niño es que las autoridades estatales, instituciones privadas, padres y madres y la sociedad civil tienen la carga de propiciar que el niño o niña adquiera los elementos adecuados para el desarrollo de su propio juicio y de su autonomía, impuesta por la Convención. Es decir, al final el principio del Interés Superior del Niño termina propiciando el mismo desarrollo de la autonomía.



3. Protección eficaz del interés superior del niño en la legislación interna.

Ahora bien, una vez que se ha establecido el vínculo necesario entre interés superior y autonomía progresiva, que de acuerdo a todo el análisis esgrimido en esta tesis se ha concluido y retomado, pasaré a realizar una propuesta para que esta teoría se traduzca en práctica dentro del ámbito nacional.

Si se hiciera un estudio de los tres poderes del Estado y sus avances en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, podríamos observar el rezago que existe en nuestro país respecto a dicho tema. El trabajo del poder ejecutivo respecto al tema de derechos de niñas y niños ha sido prácticamente inexistente. Se pueden encontrar algunas políticas públicas en materia penal, relacionadas con los menores de edad que realizan actos ilícitos, aquellos desarrollados en el ámbito del SNDIF, para la protección de niños y niñas, así como incipientes políticas públicas en materia de migración, o niños y niñas que viven en la calle. Sin embargo, el rezago en la administración del país es grande

y existen muchas deficiencias y áreas que aún no son tratadas. Incluso, en las políticas públicas en las que se hace alusión a los derechos de niñas y niños, es posible observar que éstos no son cabalmente comprendidos y atendidos. Muchas veces las decisiones que se toman van en contra de los mismos niños y niñas.

[L]as políticas de atención siguen centradas en la satisfacción de necesidades inmediatas de sobrevivencia y hay una ausencia casi total en las políticas de protección pública integral que garanticen la satisfacción universal de las necesidades de cuidado y el derecho al desarrollo.²⁶⁵

Esto se debe a que las políticas públicas buscan atacar un problema focal sin una visión integral, pero sobre todo sin una perspectiva de los niños y las niñas como sujetos de derecho,

En el ámbito judicial son evidentes los retrasos que presenta el país en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Hoy en día, los juicios en donde intervienen menores de edad son llevados con base en los viejos estigmas de la situación irregular por lo la tendencia sigue siendo considerarlos objetos de protección. Una de las causas de esta situación es el desconocimiento de sus derechos y de estudios especializados que les permitan interactuar de mejor manera con este grupo de población. Es en este ámbito donde la función meramente declarativa del principio del Interés Superior del Niño hace mayor acto de presencia, pues de algunos años para acá las sentencias gozan del beneficio de tener en ellas declarado que la decisión fue con base en dicho principio, sin que la resolución y/o el mismo procedimiento tengan pruebas de ello.

Sin embargo, cabe recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado un Protocolo de actuación para impartidores de justicia en los casos en los que intervengan menores de edad. Hemos ya reseñado su contenido en el Capítulo III. Y en un crítica general podemos ver que el Protocolo atiende a la esencia de la Convención y recoge los principios y

²⁶⁵ Del Río, Norma, *Un sector históricamente olvidado. Políticas públicas dirigidas a la primera infancia en México*, UAM, p. 3. Tomado de http://www.uam.mx/cdi/pdf/redes/viii_chw/sector.pdf

derechos en ella establecido. Un análisis más puntual podría identificar algunas deficiencias, sin embargo lo que importa en este tema es que el Poder Judicial ha hecho mayores esfuerzos para proteger los derechos de niñas y niños.

Ahora bien, en el ámbito legislativo también observamos un rezago en materia de derechos de los niños niñas y adolescentes, pues si bien hemos visto que el principio del Interés Superior del Niño ha sido incluido en la Constitución Política, el Código Civil Federal y de distintos Estados, y específicamente en la Ley General de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, existen lagunas importantes que no permiten que este principio tenga la aplicación efectiva que nos ha preocupado a lo largo de este trabajo.

En el ámbito legislativo es necesario realizar profundas modificaciones a las leyes vigentes, que abarquen aspectos sustantivos, administrativos y procesales que permitan adecuar y aplicar la Convención, creando mecanismos de protección efectiva que aseguren al niño la exigibilidad de sus derechos, no sólo civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales.²⁶⁶

En ese mismo sentido, Cillero Bruñol refiere que la Convención y la doctrina que viene en ella, ha favorecido una reconstrucción jurídica y social de la niñez y la adolescencia *cuyo carácter de sujetos de derecho, reconocido en la teoría, se había debilitado en la práctica legislativa, administrativa y judicial de las legislaciones de menores promulgadas en América Latina en este siglo.*²⁶⁷

Si bien la Convención cuenta con sólo 25 años de su implementación, que el ámbito legislativo se mantenga al margen de las reformas que modifiquen el enfoque en que se considera a niños y niñas, es una materia que debe ser atendida de urgencia, pues de no ser así se propicia que los derechos de los niños y niñas sigan siendo violados, pero sobre todo que el principio de interés superior del niño o niña, aunque esté mencionado, no tenga una aplicación efectiva.

²⁶⁶ Cillero Bruñol, Miguel. *Infancia, Autonomía y Derechos...* Op. Cit., p. 79.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 72.

3.1. La Constitución Política y los derechos de los niños, niñas y adolescentes

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nuestro supremo orden legal²⁶⁸ hace mención expresa en su artículo 4, como lo hemos visto antes, de la obligación de atender al interés superior del niño en todas las decisiones que se tengan que adoptar en donde el mismo intervenga. El párrafo se encuentra inserto en un artículo que vela de manera adicional por la igualdad entre hombre y mujer, la libertad reproductiva, derecho a la salud, al medio ambiente sano, al acceso, disposición y saneamiento de agua, y el derecho de familia a la vivienda digna y decorosa, entre otros.

Son tres los párrafos que se dedican a los derechos de niños, niñas y adolescentes, y en ninguno de ellos se menciona o se hace alusión a la atención que la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe poner a la autonomía progresiva. Es decir, no se reconoce dentro del máximo ordenamiento legal esta condición o bien jurídico del niño y la niña, que como hemos visto en el apartado precedente, es la base de la aplicación efectiva del principio materia de esta tesis. En ese sentido, podemos observar que desde el origen existe una deficiencia que abre paso a las distintas aplicaciones que podría tener el principio por su carácter abierto: concebir al niño como sujeto de derechos o como objeto de protección.

En la primera reforma en que se incorporan los tres párrafos dedicados a los derechos de niñas y niños, un primer paso para reconocer la titularidad de derechos de los y las mismas en el texto constitucional, la Dra. González Contró realizó una crítica a la misma, en donde señaló *“...no resulta extraño que en el actual texto del artículo 4o. constitucional se haga eco de las viejas ideas y*

²⁶⁸ A pesar de que las reformas en materia de derechos humanos de 2011 a la CPEUM colocaron a los tratados internacionales en el mismo nivel que la Constitución, con la obligación de hacer una interpretación y aplicación pro-persona, la resolución de la SCJN se pronunció respecto a la CPEUM como orden supremo en caso de que se encuentre en conflicto con un Tratado Internacional, Contradicción de Tesis 293/2011, Entre las sustentadas por el Primer tribunal Colegiado en materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 3 de septiembre de 2013.

*contenga contradicciones con el resto de la norma fundamental respecto de los derechos de la persona durante los primeros años de su vida.*²⁶⁹

Haré referencia a algunas de esas críticas, pues resultan aplicables. Salvo la inclusión del principio del Interés Superior del Niño, la mayoría de sus propuestas no fueron incluidas en la reforma de 2011. Retomamos y compartimos las mismas.

1. Cambio de ubicación de los derechos de niños, niñas y adolescentes del actual artículo 4º constitucional. Como vimos, comparte artículo con una serie de derechos que no tienen relación directa entre sí. Asimismo, hace una crítica al orden en que enuncia los derechos familiares y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues supedita a los niños y niñas a la familia, sin diferenciar los derechos de niños y niñas como derechos autónomos.
2. Definición de niña, niño y adolescente. La Constitución no define a qué se refiere con estos términos, y aunque la Ley reglamentaria del Artículo 4º lo realice, González Contró reconoce la importancia de que esto se encuentre estipulado desde la Ley Suprema. En la misma definición tendría que hablar del desarrollo progresivo de su autonomía y su capacidad.
3. Enunciación de los principios rectores de la Convención de los Derechos del Niño como criterios de interpretación y aplicación de los derechos. En este apartado la autora hace hincapié en la importancia de que la Constitución enuncie y reconozca los principios que tanto la Convención como el Comité de los derechos del niño, han reconocido. La autora señala los siguientes principios: El interés superior del niño, la autonomía

²⁶⁹ González Contró, Mónica, "La reforma constitucional pendiente en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes", en *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. No. 20, enero-junio 2009, Biblioteca Jurídica Virtual, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard7.htm>.

progresiva, el derecho a la supervivencia, desarrollo integral, y el principio de prioridad.

4. Reconocimiento de la titularidad de los derechos constitucionales, además de los derechos específicos, particularmente el derecho a expresar su opinión y a intervenir en las decisiones que le conciernen, así como derecho a la protección especial del Estado contra toda forma de maltrato, abandono y abuso. Necesidad de hacer precisión de la titularidad de derechos que tienen niños, niñas y adolescentes pues ésta no es tan obvia en la forma en que aparecen los derechos en la Constitución, y existe una resistencia a su reconocimiento durante la minoría de edad.

Así, la autora concluyó que existen dos obstáculos para lograr el cambio necesario: la temporalidad de la característica que ha excluido a niños, niñas y adolescentes de la titularidad de derechos, y pertenencia del niño a la familia en relación a la percepción sobre los derechos de patria potestad.

En ese sentido señala que *[l]a primera consideración hace aparecer como irrelevante una verdadera garantía de los derechos, pues la infancia finalmente será dejada atrás y, cuando esto suceda, el individuo tendrá plena capacidad de goce y de ejercicio de los derechos constitucionales. El segundo problema deviene de una larga tradición liberal en la que el niño constituye casi una propiedad de los padres, por lo que resulta amenazante la injerencia pública.*

Para lograr la vigencia de un Estado constitucional de derecho, ambas dificultades deben ser resueltas.²⁷⁰ En la reforma de 2011 únicamente se agregó al texto constitucional del mismo artículo la obligación de reconocimiento del interés superior del niño por parte del Estado y se modificó el párrafo referente a la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de los derechos por parte de los ascendientes, tutores o custodios.

Resulta importante de esta crítica que hace la autora, su pretensión por hacer válida la titularidad de derechos que tienen niños, niñas y adolescentes

²⁷⁰ González Contró, *La reforma constitucional pendiente... Op. Cit., conclusiones*

por medio de la incorporación de ciertos conceptos que, en sintonía con lo que nosotros hemos expresado en la presente tesis, buscan afianzar el carácter de sujetos de derechos de niños y niñas, y que tengan una plena satisfacción de sus derechos de manera integral.

Asimismo, se puede observar como hay una gran laguna presente en nuestro texto constitucional, y sin duda debe ser subsanada para una plena protección de los derechos de niños y niñas de nuestro país.

3.2. Estado actual del Código Civil en relación a la Autonomía Progresiva y el Interés Superior del Niño y la Niña.

El Código Civil Federal es un ordenamiento interno cuyas disposiciones afectan en todo el territorio, incluyendo estados y municipios, por lo que la importancia que reviste este ordenamiento es mayor. Asimismo, es en este ordenamiento donde se regulan todos los temas relacionados con la familia y por ende, lo relacionado con niñas y niños.²⁷¹

3.2.1. Categorías cerradas

Respecto al Código Civil Federal haremos referencia a dos figuras en particular que son las que, a juicio propio, son contrarias y contradictorias a las teorías que defienden los derechos de niños y niñas, e incluso limitan el ejercicio de sus derechos, volviendo a colocarlos como objetos de protección y a su vez en una situación de discriminación respecto al ejercicio de derechos humanos. Nos referimos a la figura jurídica de la Patria Potestad y a la Incapacidad.

El pleno respeto por los derechos humanos de la niñez y la adolescencia precisa de un ordenamiento interno que se adecue de manera integral a esta concepción del niño como sujeto pleno de derechos y su consecuente respeto por la

²⁷¹ Cuando hacemos una relación “lógica” entre familia y niños/niñas, no queremos decir que en realidad así sea de acuerdo a la teoría que defendemos, sino que es en la lógica que se regula el tema de acuerdo con un código que, como veremos más adelante, está profundamente ligado a la idea del niño como “objeto de protección”.

*autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos de manera que en la práctica se pueda avanzar hacia ese objetivo.*²⁷²

Como lo señala Sabrina Viola, es menester que los ordenamientos internos sean armónicos con los derechos que protege la Convención sobre los derechos del niño, y más aún en un instrumento como el Código Civil que regula una serie de temas y relaciones jurídicas que impactan de manera directa en la vida y desarrollo de los niños y las niñas.

Marisa Herrera retoma de distintos autores la idea de que la Convención implica un cambio radical a nivel jurídico, político, histórico y cultural, pues deja atrás la concepción paternalista que caracteriza la doctrina de la “situación irregular” que considera a niños, niñas y adolescentes como incapaces, focalizándose en los aspectos negativos, carencias o lo que les falta para ser adultos, para ser considerados en las características específicas que tienen, de acuerdo con sus atributos y su desarrollo gradual y una idea de ciudadanía que deben ser respetadas por el Estado y la sociedad en general. La infancia se convierte entonces en una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica²⁷³

Estos podrían ser considerados algunos de los retos que la Convención impone a los Estados firmantes, y que en realidad, tendrían que ser trasladados a la legislación interna. Pues bien, las dos figuras que hemos señalado anteriormente parecen ir en contra de tal mandato, y en su lugar siguen promoviendo un sistema que como refieren Viola y Herrera ya está superado por la Convención.

Patria Potestad

Respecto a esta figura haremos dos estudios, uno gramatical y otro legislativo, es decir, a la luz de lo regulado en el Código Civil. En relación al análisis gramatical es necesario referirnos a dos diccionarios: uno jurídico y el diccionario de la Real Academia Española.

²⁷² Viola, Sabrina, *Autonomía Progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil...Op.Cit.*, p. 97.

²⁷³ Herrera, Marisa, *Ensayo para pensar una relación compleja... Op. Cit.*, p. 7.

Diccionario Jurídico Mexicano

Patria Potestad: I. Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.²⁷⁴

Real Academia de la Lengua Española

Patria (del. Lat. Patrius)

2. *adj. Perteneciente al padre o que proviene de él.*

Potestad (del lat. Potestas).

f. Dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo.

Una revisión gramatical del concepto nos permite observar que el mismo se dirige a enunciar un poder o potestad que tienen los padres sobre el o la hija, a manera de objeto y podría incluso asemejarse al derecho de propiedad. La descripción no parece percatarse, ni hacerse cargo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sino de una obligación para con los y las mismas. Lo que nos traslada a la visión del sistema tutelar y a considerar a los hijos como objetos de protección. Lo anterior supone la anulación del niño como sujeto de derechos y se encamina a una visión del niño como objeto de protección.

Es importante referir que este término tiene un origen histórico que justifica en su momento la visión y su razón de ser. Sin embargo, atendiendo a ello, es necesario reflexionar si el término sigue respondiendo a las inquietudes que bajo la lupa de los derechos humanos, hoy son útiles para su protección y promoción.

En relación al estudio legislativo, la figura jurídica de la patria potestad se regula en el Título Octavo del Código Civil, sin embargo existen algunos otros artículos fuera de este título que hacen referencia a la misma. En este sentido nos enfocaremos a cinco artículos que nos parece que no guardan armonía con los fines y el texto de la Convención.

²⁷⁴ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VII P-Reo, Serie E, Varios, Núm. 29, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 58.

Artículo 362.- **El menor de edad no puede reconocer** a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial.

Artículo 417.- **Los que ejercen la patria potestad**, aun cuando no tengan la custodia, **tienen el derecho de convivencia** con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

Artículo 422.- A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia **incumbe la obligación de educarlo convenientemente**.

Artículo 424.- **El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio**, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez.

Artículo 427.- La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con **el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente**.

Tres son los aspectos necesarios de resaltar respecto a los artículos anteriores:

1. Los menores de edad están supeditados para ciertas acciones y decisiones al consentimiento de quienes ejercen la patria potestad. Resulta evidente que para el Código Civil los niños, niñas y adolescentes no tienen, mientras sean menores de edad autonomía a la cual haya que observar. Es decir, no se considera en lo absoluto su opinión. En contradicción a uno de los principios de la Convención, el derecho a expresar su opinión y ser escuchados.

2. Algunos derechos que la Convención le reconoce a los niños y las niñas, el Código Civil se los reconoce a los padres como el derecho a la convivencia, o bien obligaciones como la educación, que en realidad es un derecho de los niños y niñas. Lo anterior atiende a una conceptualización de niños y niñas que deben ser protegidos y atendidos, que no gozan de derechos, sino que son el objeto de una obligación de los adultos. Si bien los padres tienen obligaciones para que los niños y niñas vean satisfechos sus derechos, a la luz de la legislación civil lo que es visible es la obligación por encima del reconocimiento de los derechos, invisibilizando así la participación del niño o niña.

3. En general, la decisión de las niñas o niños no es escuchada y mucho menos considerada en todas aquellas actividades en las que intervengan o donde se trate algún asunto relacionado con él o ella.

A partir de los dos breves análisis que acabamos de realizar podemos observar que la figura de la Patria Potestad, desde su denominación resulta ser contraria a la protección de los derechos de niños y niñas.

En primer lugar, la figura del niño o niña y sus derechos no son observados ni tomados en cuenta, la atención se dirige exclusivamente a quienes detentan la patria potestad, por lo tanto es omiso en el reconocimiento de la autonomía progresiva, y ello provoca que cuando se menciona el interés superior del niño, éste sea entendido a la luz del niño o niña como objeto de protección.

Sin necesidad de hacer un análisis más profundo de cada artículo para revisar la pertinencia de la intervención de los padres en cada situación, lo que se busca aquí es evidenciar que nuestro Código Civil está impregnado por una visión proteccionista que se expresa a través de esta figura, cuya consecuencia es un distanciamiento de la Convención y sus fines. Por consiguiente, se genera una desprotección de los derechos de niños y niñas.

Incapacidad

El análisis de esta postura también lo haremos en dos sentidos, el gramatical y el análisis legislativo, siguiendo la misma estructura que en el apartado anterior.

Diccionario Jurídico Mexicano

Incapacidad. I. (Derivado del latín incapaz, que no tiene capacidad o aptitud para una cosa.)...La capacidad se ha definido como la “aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí mismo” (capacidad de goce la primera, y de ejercicio la segunda).²⁷⁵

De acuerdo con el diccionario la capacidad de goce está reconocida para toda persona, incluyendo menores de edad, siendo la capacidad de ejercicio la que

²⁷⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit.* Núm 27, t. V, I-J., p. 59 y 60

está limitada en el caso de niños y niñas. Sin embargo, en la primera parte de la definición se señala que la incapacidad es la falta de aptitud para realizar una cosa. Por tanto, en general existe una negación total de esta aptitud que tienen las y los menores de edad para ejercer por sí mismos derechos en cualquier medida.

Real Academia de la Lengua Española

Incapacidad (Del lat. incapacitas)

1. f. Falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo.
2. f. Falta de entendimiento o inteligencia.
3. f. Falta de preparación, o de medios para realizar un acto.
4. f. Estado transitorio o permanente de una persona que, por accidente o enfermedad, queda mermada en su capacidad laboral.²⁷⁶

En este sentido, la capacidad o incapacidad está directamente relacionada con la autonomía de la persona. Pues para obtenerla se requiere inteligencia, aprendizaje, preparación y/o medios. Por consiguiente, no tenerlos o considerar que no se tienen es sinónimo de ser incapaz.

Es decir, si el Código Civil establece que los menores de edad son incapaces, está negando que en ellos existan todas esas características en cualquier grado, por lo tanto no reconocen en ellos autonomía.

Como parte del estudio legislativo coincidimos en que esta figura pertenece a *posturas tradicionales, arraigadas a los sistemas clásicos en materia de capacidad civil de las personas menores de edad centradas en el binomio incapacidad/capacidad, donde la primera es la regla y la segunda la excepción, fundado en que la incapacidad como principio general constituye un “elemento protectorio.”*²⁷⁷

Eso mismo se muestra en los siguientes artículos del Código Civil.

²⁷⁶ Tomado del Diccionario de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=incapacidad>

²⁷⁷ Herrera, Marisa, *Op.Cit.*, p. 10.

Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

- I. **Los menores de edad;**
- II. (...)

Artículo 451.- Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionen en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro.

Marisa Herrera, refiriéndose al caso Argentino que mantiene figuras muy similares a las mexicanas, señala que el sistema de capacidad civil, plantea en su estructura una relación de inclusión-exclusión.

La ley determina —básicamente fundada en razones fácticas que no dejan de ser concepciones o consideraciones subjetivas de la época— a quiénes se les veda —a priori y en abstracto— ejercer determinados derechos, siendo uno de los grupos sociales a quienes se les impide realizar por sí actos jurídicos, salvo excepciones, las personas menores de edad.

La figura de la incapacidad es una figura cerrada ya que en primer lugar no se reconoce en el niño su desarrollo mental, emocional y motriz. Supone que en la mayoría de edad todos los niños y niñas de manera espontánea adquieran todas las herramientas y capacidad para ejercer sus derechos.

Ahora bien, de acuerdo con el mismo Código Civil la incapacidad que les atribuye la ley civil es una incapacidad de ejercicio y no de goce, lo que supone que sí son tratados como sujetos de derecho, pero no se cree que tengan las facultades necesarias para ejercer por sí mismos ninguno de esos derechos. Sin embargo, una revisión de la legislación nos ha permitido observar que no es así, que en realidad los pocos derechos que se reconocen netamente a niños y niñas sólo pueden ejercerse bajo el consentimiento de representantes legales sin consideración alguna del niño, o bien se atribuyen derechos a los padres o tutores respecto a los niños, niñas y adolescentes.

La lectura de los artículos reseñados nos permite observar cómo bajo la perspectiva de la Convención y los estándares internacionales, en realidad el

Código Civil no considera a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, e incluso les restringe su personalidad jurídica (art.23). Estas restricciones y visión respecto a los derechos de niños y niñas tienen un impacto directo en los principios de la Convención: No discriminación, derecho a expresar su opinión, derecho a la vida, supervivencia y libre desarrollo, y sobre todo al interés superior del niño.

Por otro lado, el Código dice expresamente *[t]ienen incapacidad natural*, anulando así las condiciones de desarrollo que presentan todos los niños y niñas derivado de su crecimiento y proceso de maduración. Es decir, el código civil imposibilita cualquier tipo de acto válido por un niño niña ya que por naturaleza no pueden. En ese sentido, el estado mexicano no sólo no cumple, sino que viola sus obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos, pero sobre todo, mantiene a los y las niñas en situación de vulnerabilidad, desprotección y discriminación. Interés superior y autonomía progresiva

La autonomía progresiva es un elemento que no se menciona, ni se hace alusión en ningún sentido dentro del Código Civil. Todo lo contrario, el Código además de ser omiso en el reconocimiento del mismo respecto de los y las niñas, hoy en día mantiene vigentes conceptos e instituciones jurídicas que atentan contra la propia autonomía, e inhiben así el desarrollo, ejercicio y el goce de sus derechos.

Respecto al interés superior hemos visto que el Código Civil lo reconoce en cuatro artículos. Y la crítica respectiva a la inclusión en el capítulo precedente. Sin embargo, la reseña y análisis realizado en este capítulo nos permite llegar a las siguientes conclusiones respecto al principio:

1. El principio del Interés Superior del Niño es mencionado en el Código Civil, sin embargo el contexto en el que se enmarca no permite que su aplicación sea conforme a lo requerido por la doctrina y los tratados internacionales.
2. No explica qué es ni qué implica la aplicación del mismo.

3. Encuentra categorías cerradas como la incapacidad y la patria potestad que sólo permiten que el principio sea aplicado en detrimento de sus propios derechos, como se ha venido haciendo.

Así el Código Civil rompe con el esquema que permite que tanto niños y niñas como adolescentes, considerados sujetos de derechos se les reconozca su condición progresiva en la autonomía y sólo entonces se aplique el interés superior de éstos en las decisiones que se tomen en torno al mismo, se proteja de manera integral sus derechos y se propicie, al mismo tiempo el desarrollo de esa autonomía.

Este tipo de figuras y categorías se inscriben en un sistema tutelar que hoy por hoy sale del contexto en relación a los avances que otras áreas del sistema jurídico han mostrado, y por ello requieren una atención legislativa urgente.

3.3. Propuesta de inclusión de Autonomía Progresiva en el Código Civil y reconceptualización de categorías cerradas.

Es evidente que en México existe aún retraso en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y con ello el Estado incumple con la Convención sobre los Derechos del Niño y las obligaciones internacionales a las que se ha sometido. Sin duda existe mucho por hacer en materia judicial y políticas públicas, pero sobre todo la materia legislativa requiere de grandes modificaciones, pues ésta resulta ser la base, el piso mínimo que impulsa y da sustento a las otras obligaciones.

En México, de manera paulatina pero muy lenta, se han venido haciendo reformas a los ordenamientos legales que han permitido iniciar un proceso en el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derechos. Con la reciente aprobación de la Ley General para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se han dado pasos agigantados en la materia. Sin embargo, aún falta mucho por desarrollar e impulsar.

La propuesta a realizarse en esta tesis, sólo como un primer paso para seguir avanzando en la protección de derechos de niños y niñas, se basa en el Código Civil, ya que si bien existe una gama de posibilidades para mejorar en políticas públicas, en materia judicial y en materia legislativa, debido al análisis realizado en este último capítulo y a los intereses de esta tesis, resultan las categorías cerradas del Código Civil, un primer avance importante, que rompe con paradigmas de nuestro sistema jurídico, y que benefician el desarrollo y ejercicio de los derechos de este grupo poblacional.

La propuesta versa en las siguientes modificaciones al ordenamiento mencionado:

- A. Eliminar la categoría de incapacidad natural y legal en en la que encuadran las personas menores de edad, de manera definitiva y total de todo el ordenamiento legal civil, ya que el mismo término desconoce a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.
- B. Incluir el reconocimiento a la autonomía progresiva como condición inherente al desarrollo de niñas y niños, así como un interés jurídico y principio que debe ser protegido y fomentado por el Estado, los padres de familia y la sociedad en su conjunto, de manera transversal en todas las actuaciones en las que niños y niñas se vean inmersos. Con base en este reconocimiento, sustituir los casos en que el Código Civil considera incapaces a las personas menores de edad, por una obligación estatal de considerar el nivel de autonomía de niños y niñas en cada caso. Una propuesta del enunciado jurídico que podría ser considerado dentro de la legislación nacional es el presentado en el presente capítulo para el análisis del mismo.
“En todo momento se deberá considerar el nivel de autonomía de la niña, niño y adolescente, así como la progresividad de ésta, para el efectivo ejercicio de sus

derechos, así como para la toma de decisiones que los y las involucre.”

- C. Modificar el término de Patria Potestad por el término de responsabilidad parental,²⁷⁸ en donde los responsables directos, ya sean padre y madre, abuelos, tutores, profesores, instancias particulares, etc., adquieran responsabilidades respecto a los niños y niñas durante las etapas en que presenten menor grado de autonomía y no puedan ejercer sus derechos por sí mismos, pero ésta disminuya a medida que su nivel de autonomía aumente.

La responsabilidad parental no sustituye la voluntad del niño o niña, atiende a sus necesidades y protege de manera integral sus derechos, propiciando en todo momento el desarrollo de su autonomía, y atendiendo a los principios de la Convención.

- D. Establecer el principio del Interés Superior del Niño y Niña como un principio rector de manera transversal, de toda decisión estatal y privada respecto a los menores de edad, en un contexto en que sean considerados sujetos de derechos, y la protección integral de todos los derechos reconocidos en la Convención sean prioritarios.
- E. Asimismo, modificar el lenguaje que rodea a este principio, señalando las obligaciones que establece para los padres o tutores, así como los derechos reconocidos para las y los niños, respecto a los cuales los adultos tienen ciertas responsabilidades.

Es necesario hacer hincapié en que la propuesta busca ser sólo la base del reconocimiento del niño como sujeto de derechos y que permita atender al principio del Interés Superior del Niño y la Niña. Es decir, esta propuesta pretende despojar al Código Civil de todas las barreras que actualmente hacen

²⁷⁸ Este término lo propone la jurista Sabrina Viola en la Crítica que realiza a las reformas propuestas para el Código Civil Argentino.

imposible o realmente difícil una interpretación y aplicación de los principios y derechos reconocidos en la Convención, a fin de proteger eficazmente y que permitan un desarrollo libre, una vida plena y el respeto por la dignidad de niños y niñas.

Esta propuesta parte de la base de creer que sin estas modificaciones al Código Civil, resultará inútil seguir agregando principios o derechos de niños y niñas, puesto que en realidad no hay una teoría inclusiva de dicho ordenamiento que muestre fehacientemente que se considera y reconoce la titularidad plena de derechos por parte de los menores de edad y sin este reconocimiento no es posible la protección plena de los niños, niñas y adolescentes y sus derechos.

No existe manera en que un niño pueda elegir, de acuerdo a su nivel de autonomía, la religión que desea ejercer, si se le considera incapaz natural y legal, asimismo su opinión no será tomada en cuenta en juicios, aunque el código lo reconozca, si no existen bases que le otorguen al niño confianza sobre su voluntad y la capacidad de entender lo que sucede con él.

Por otro lado, no habrá incentivos que busquen generar en el niño mayor autonomía, pues resultará más sencillo y práctico delegar en los padres, el Estado y la sociedad en general, la toma de decisiones respecto a los distintos ámbitos de la vida del niño y de la niña.

Los ejemplos mencionados anteriormente violan de manera evidente los derechos reconocidos en la Convención, inhiben una visión del niño que en los últimos veinte años se ha luchado por reconocer, y los coloca en estado de indefensión.

Es necesario reconocer que las propuestas aquí plasmadas están enfocadas en el lenguaje empleado dentro del ámbito legislativo. Sin duda alguna, estas propuestas llevarían consigo una serie de modificaciones a nivel operativo, respecto a la manera de hacer efectivas dichas disposiciones. El reto no es menor, pero es indispensable comenzar por incluir en nuestras leyes aquellos principios que resultan necesarios para el respeto y protección de los derechos de niños y niñas, y eliminar categorías que no abonan a ello.

En un ámbito más general, es necesario reconocer que el principio del Interés Superior del Niño ha sido incorporado como principio rector en los ordenamientos jurídicos de mayor jerarquía y/o con mayor relación al desarrollo de niños y niñas. Sin embargo, una de las propuestas que surgen del contenido del presente trabajo es introducir el Principio de Autonomía Progresiva como eje de la aplicación del principio del Interés Superior del Niño, en nuestra Constitución Política, Código Civil, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como en los diversos instrumentos que se desarrollen a nivel legislativo, ejecutivo y judicial, para el tratamiento de niñas y niños.

Con las propuestas anteriores, se busca generar una protección realmente integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a partir de la aplicación e interpretación más benéfica del principio del Interés Superior del Niño. Dicha aplicación surgirá como consecuencia del reconocimiento y aceptación de que cada niño, cada niña y cada adolescente son sujetos plenos de derechos que tienen diferentes grados de autonomía a la cual hay que atender y fomentar.

CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tenido como objetivo dar respuesta a la siguiente pregunta:

¿Cuál es la interpretación del principio del Interés Superior del Niño que posibilita la protección más amplia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes?

En el desarrollo hemos tratado de fundamentar que los niños y niñas son sujetos de derechos humanos desde la definición y concepción misma de los derechos humanos, en donde, con base en justificaciones filosóficas, éstos buscan proteger esferas básicas del ser humano como la vida, la dignidad y la libertad (o autonomía).

Si bien los derechos humanos, a lo largo de su desarrollo teórico que ha devenido en práctico, pretenden un alcance universal y están basados en un principio de igualdad entendido como no discriminación, y por tanto deberían proteger a cualquier ser humano independientemente de su edad, el grupo conformado por niños, niñas y adolescentes se encuentra en una situación de vulnerabilidad que impide que los derechos humanos le hayan sido, históricamente, reconocidos y protegidos.

A lo largo de la historia, la etapa de la niñez ha sufrido muchas variaciones en su concepción, siendo que en realidad, el concepto que hoy tenemos de niñez es relativamente reciente. Sin embargo, las antiguas concepciones dan muestra de la situación vulnerabilidad en la que se encuentran, pues por mucho tiempo se les ha anulado cualquier capacidad para actuar o decidir, y eso a su vez coarta su libertad y lo que hoy entendemos por dignidad.

Hoy en día, y con todo el desarrollo e impacto que han tenido los derechos humanos, existen estudios más especializados que han dado cuenta sobre el desarrollo paulatino que tienen los niños y las niñas en cada etapa de su vida, y cómo su autonomía va progresando desde los primeros años.

Por otro lado, en un afán de reforzarlos y generar mecanismos de exigibilidad para todas las personas frente al Estado, los derechos humanos han sido positivizados a nivel internacional, y actualmente nos encontramos en un proceso similar a nivel nacional. En ese sentido, encontramos en los instrumentos internacionales que los amparan distintas figuras que ha sido indispensable analizar para entender los alcances que éstos tienen en relación a la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Tal ha sido el caso de los principios jurídicos y las reglas jurídicas.

Al hacer ese análisis, lo que me interesaba en particular era conocer los alcances, funciones y aplicación del principio del Interés Superior del Niño, Niña y adolescente, pues al ser uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, resultaba necesario conocer su naturaleza y los alcances del mismo de tal manera que fuera posible dar respuesta a la pregunta de la hipótesis, respecto a la interpretación que permita la protección más amplia. Dicho principio adquiere relevancia al fungir como candado de los derechos de niños y niñas, por el mandato de protección integral de todos los derechos de los niños y niñas en cualquier decisión que se tome en donde los mismos se vean involucrados, y una aplicación optimizada.

Por otro lado, un estudio de la autonomía progresiva, concepto también contemplado en la Convención, sin que aún goce un carácter especial, nos ha demostrado que tiene las características de un principio jurídico, al mismo tiempo que, por su descripción, se refiere a una condición inherente a niños y niñas y jurídicamente debería ser considerado un bien o interés jurídicamente relevante.

Pues bien, uno de los mayores impedimentos para el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derecho ha sido, precisamente, su carencia de autonomía (o la creencia de esa carencia), por lo que se le han designado representantes que sustituyen su voluntad para realizar actos jurídicos correspondientes de inicio a sus representados.

Por otro lado, el principio del Interés Superior del Niño se ha encontrado en la práctica con una multiplicidad de problemas en su aplicación que tienen

como resultado que éste sea aplicado en detrimento de sus mismos derechos. Lo anterior es consecuencia de que en realidad los estándares, la cultura y en ocasiones, la ley mexicana, aún no consideran al niño como sujeto pleno de derechos, y se sigue una tradición proteccionista que anula su voluntad y participación.

He demostrado que niños y niñas sí tienen, como un hecho probado y probable desde estudios psicológicos reseñados en el cuerpo de esta tesis, autonomía y ésta se va desarrollando de manera progresiva a medida que crecen y adquieren herramientas. Una vez que eso queda demostrado, los argumentos teóricos para no reconocerles titularidad de derechos a los niños y niñas han sido destruidos. En esa línea de argumentación, no tendría por qué existir problema en la aplicación del principio, teniendo estos tres conceptos una relación cíclica. La autonomía propicia la titularidad de derechos, que genera una aplicación conforme y eficaz del principio del Interés Superior del Niño y la Niña, que en su mandato establece la necesidad de fomentar el desarrollo de la misma autonomía.

Esta relación cíclica de la que se habla en la presente tesis es la base de la respuesta a la pregunta inicial de este trabajo, ya que con base en la investigación realizada me es posible afirmar que una de las interpretaciones del principio de Interés Superior del Niño, Niñas o Adolescente, que protege de manera más amplia sus derechos, es aquella que surge del análisis casuístico del nivel de autonomía que posee la niña o niño, o en su caso, el grupo de niñas, niños o adolescentes, pues sólo en ese momento se atenderá a la calidad de sujetos de derechos de cada menor de edad. Una vez que se concibe a la niña, niño o adolescente como sujeto de derecho, será posible aplicar el principio del interés superior del niño, de manera que se le protejan sus derechos de manera integral y en la mayor medida de lo posible.

Sin embargo, comprenderlo en la teoría no genera un impacto directo en la protección práctica de niñas y niños. Si bien es cierto que a nivel nacional e internacional la titularidad de sus derechos ha quedado estipulada en los textos normativos, o en la mayoría de ellos. También lo es que se han detectado

grandes problemas y lagunas legislativas que impiden la aplicación eficaz del Principio (sí reconocido legalmente) del Interés Superior del Niño.

Las figuras cerradas de patria potestad e incapacidad que están vigentes en la ley civil, tienen implicaciones directas e indirectas que pueden contravenir la Convención y los derechos en ella establecidos. Por lo tanto, finalicé proponiendo la inclusión del reconocimiento de la autonomía progresiva (laguna importante en la Constitución y el Código) como condición y bien jurídicamente protegido, la modificación del concepto patria potestad por representación parental, la derogación del concepto de incapacidad natural y legal en donde se encuentran los menores de edad y por último, las reformas pertinentes en los artículos que incluyen el principio aquí estudiado, con el fin de que cuenten con un enfoque pro niño, niña y adolescente, y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los cuales son titulares reconocidos en la legislación.

FUENTES

➤ Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1989.
- ALSTON, Philip y Gilmour-Wash Bridget, “The best interests of the child. Toward a Synthesis of children’s rights and Cultural Values” en, Miguel Angel y Soler-Sala, Víctor (ed.) *Verdugo*, La Convención de los Derechos del Niño, Hacia el siglo XXI, Salamanca. Universidad de Salamanca, 1996.
- ARANGO, Rodolfo, *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de justicia y paz*, Bogotá, Norma, 2008.
- ARANGO, Rodolfo, “La objetividad de los derechos fundamentales”, en *Derechos Humanos como límite a la democracia*, Bogotá, Norma, 2008.
- ARÉVALO Álvarez, Luis Ernesto, *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana, 1997.
- B. JOHNOSON, Geroge and H. Raven, Peter, *Biology principles and explorations*. U.S.A. Holt, Rine Hart and Winston, 2002.
- BÁRCENA, Andrea, *Textos de derechos humanos sobre la niñez*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.
- BEUCHOT, Mauricio y Saldaña, Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, México, UNAM, 2000.
- BIDART Campos, Germán J., *Aspectos filosóficos de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1989.
- BUTLER-BOWDON, Tom. *50 clásicos de la psicología*, Tercera edición, Málaga, Sirio, 2011.
- CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*, Sexta Edición, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2014.

- CILLERO Bruñol, Miguel, *El Interés Superior del niño en el marco de la Convención Sobre los Derechos del Niño en Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Comp. García Méndez, Emilio y Beloff M, Bogotá, Temis Decima, 2004.
- CRUZ Parceró, Juan Antonio, "La crisis de fundamentación de los derechos humanos en el siglo XIX" en Moreno-Bonnet, Margarita y González Domínguez, María del Refugio, *La génesis de los derechos humanos en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.
- DE ASÍS Roig, Rafael, "Bobbio y los derechos humanos", *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, Llamas, 1994.
- DELVAL, Juan, "Algunas reflexiones sobre los derechos de los niños". *Infancia y sociedad*. Madrid, 27-28, Ministerio de Asuntos Sociales, Dirección General del Menor y la Familia, 1994.
- DICCIONARIO Jurídico Mexicano*, t. VII P-Reo, Serie E. Varios, Núm. 29, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.
- MÁRQUEZ Romero, Raúl (coord.) *DICCIONARIO Jurídico Mexicano*, t. D-H, México, Porrúa-UNAM, Edición Histórica.
- DWORKIN, Ronald, *Casos difíciles*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, 1981.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- FANLO Cortés, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: Una contribución teórica*. Biblioteca de la Ética, Filosofía del derecho y Política no. 90, México, Distribuciones Fontamara, 2008.
- FADIMAN, James y Frager, Robert, *Teorías de la personalidad*, 2ª ed.. México, Alfaomega, Oxford, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- FORST, Reiner, *El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos*, *Estudios Políticos*, Medellín, No. 26, Enero-junio 2005.
- FREEMAN, Michael D. A., *The Moral Status of Children. Essays on the Rights of the Child*, KluwerLaw International and MartinusNijhoff, Dordrecht, 1997.

- GARCÍA Becerra, José Antonio, *Teoría de los Derechos Humanos*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991.
- GARCÍA Méndez, Emilio, *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*. 3ª Ed., Doctrina Jurídica Contemporánea No. 7, México, Distribuciones Fontamara, 2008.
- GALVIS Ortiz, Ligia, *Las niñas, los niños y los adolescentes. Titulares activos de derechos*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2006.
- GAMBOA Montejano, Claudia, *et. al., Derechos de la niñez. Estudio teórico conceptual, de las iniciativas presentas en la LIX legislatura y hasta segundo periodo de la LX legislatura. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Centro de Documentación, Investigación y Análisis de la Cámara de Diputados, LX Legislatura*, 2008.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *Filosofía y retórica del lusnaturalismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.
- GONZÁLEZ Contró, Mónica, *et. al., Propuesta Teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012.
- GONZÁLEZ Contró, Mónica, *Derechos de niñas, niños y adolescentes, una propuesta de fundamentación*, México, IJ UNAM, 2008.
- GONZÁLEZ Contró, Mónica. “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, en *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, IJ UNAM, 2011.
- GONZÁLEZ Contró, Mónica (coord.), *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, D.F.; Porrúa, IJ_UNAM, Save the Children, 2011.
- GONZÁLEZ Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional*, Contexto mexicano, México, IJ UNAM, 2011.
- GONZÁLEZ, Nazario, *Los Derechos Humanos e Historia*, México, Alfaomega, 2002.
- GRIESBACH, Margarita, *El niño víctima del delito. Fundamentos y orientaciones para una reforma procesal penal*, t. I, ODDI, SSP, México, 2009.

- GRIESBACH, Margarita y Ortega, Ricardo, *La infancia y la justicia en México II. Elementos para garantizar el efecto útil del interés superior del niño víctima del delito*, México, INACIPE, 2013.
- H.L.A. Hart, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- HOHFELD, Wesley.N, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, Fontamara, 2001..
- UNICEF-*Justicia y Derechos del Niño*. UNICEF, No. 9, Chile, 2007.
- LANSDOWN, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, UNICEF, Italia, 2004.
- LAYNO Pereira, Silvia E., *Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia*, UNICEF, Uruguay.
- LIONS, Monique, “Los derechos humanos en la historia y en la doctrina”. En *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México, IJ UNAM, 1980.
- MACCORMICK, Neil, *Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho*, Derecho legal y socialdemocracia, Madrid, Tecnos, 1990.
- MARTÍNEZ Pujalte, Antonio-Luis y Domingo, Tomás de, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada, Comares, 2011.
- NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1984.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *Teoría Dogmática de los Derechos Fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.
- OROZCO Henríquez, José de Jesús, “Los Derechos Humanos y la Polémica entre lusnaturalismo y luspositivismo”, en Tamayo y Salmorán, Rolando y Cáceres Nieto, Enrique, *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1986.
- ORTEGA Ortiz, Adriana *et. al.*, *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación. Clínica para el análisis de recomendaciones e informes especiales*, México, CDHDF, 2011.
- ORTEGA Soriano, Ricardo, *Los derechos de las niñas y los niños en el Derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, México, CNDH, 2011.

- PECES-BARBA Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*, Madrid, BOE-CarlosIII, 1995.
- PÉREZ Triviño, José Luis, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico morales*, Colección Biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Distribuciones Fontamara, 2002,
- PRIETO Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- RAWLS, John, *Una teoría de la Justicia*, México, FCE, 1985.
- REY CANTOR, Ernesto, *Las generaciones de los Derechos Humanos. Libertad, igualdad y fraternidad*, Colombia, Universidad Libre, 2008.
- RODRÍGUEZ Garavito, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Nuevo pensamiento jurídico, 1997.
- SALAZAR Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- SALDAÑA Serrano, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012
- TAMAYO y Salmorán, Rolando, “El sujeto de derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (coords.) *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Instituto de Filosofía del CSIC, Madrid.
- VALLE Labrada, Rubio, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1998
- WILHELMI, Marco Aparicio y Pisarello, Gerardo, “Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas”, en Bonet Pérez, Jordi y M. Sánchez, Víctor, *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Huygens, Ed, Lex Académica, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Turín, Trotta, 1992.
- ZERMATTEN, Jean, *El Interés Superior del Niño. Del análisis literal al alcance filosófico*, Francia, Institut International des droit de l'enfant, 2003.

➤ Hemerografía

- AGUILAR Cavallo, Gonzalo, "El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Estudios Constitucionales", *Centros de Estudios Constitucionales*, Año 6, No. 1, Talca, Universidad de Talca, 2008.
- ALEXY, Robert, "¿Derechos Humanos sin metafísica?", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 30, 2007.
- ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 5, 1988.
- ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, No. 17, 2007.
- ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Sobre principios y reglas", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 10, 1991
- BENFELD E., Johann S, "El constructivismo ético en Justice and Fairness", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 19, No. 2, 2012.
- BERNAL Pulido, Carlos, "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 30, 2007.
- BOVERO, Michelangelo, "Democracia y Derechos Fundamentales", *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, No. 16, 2002.
- CARBONELL Sánchez, Miguel, "Desafíos de derechos humanos en México" en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho en la Universidad Iberoamericana*, México, No. 29, 1999.
- CRUZ Parcero, Juan A., "Derechos Morales: Concepto y Relevancia", *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, No. 15, 2001.
- DÍAZ Otero, Eduardo y Olivas, Enrique, "Los viejos conceptos y las nuevas realidades de la integración de los Derechos Humanos", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 15-16, 1994.

- FARREL, Martin D., “¿Discusión entre el derecho antural y el positivismo jurídico?”
Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 21-II, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”
Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 29, 2006.
- GONZÁLEZ Contró, Mónica, “La reforma constitucional pendiente en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes”, *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, No. 20, enero-junio 2009.
- HIERRO, Liborio L. “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista de educación*, Madrid, No. 294, enero-abril 1991.
- HIERRO, Liborio L., “Conceptos jurídicos fundamentales (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, No. 3, 2000.
- HIERRO, Liborio L., “¿Por qué ser positivista?” *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 25, 2002.
- HIERRO, Liborio L., “¿Qué derechos tenemos?”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No.23, 2000.
- LAPORTA, Francisco, “El concepto de Derechos Humanos”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, No. 4, 1987.
- LAPORTA, Francisco, “Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4, 1987.
- LLAMAS Figini Laura, “La herencia rawlsiana en el constructivismo de Carlos Nino” *A parte rei, una revista de filosofía*, Madrid, No. 49, Enero, 2007.
- MASSINI Correas, Carlos I., “El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, México, No. 61, 2009.
- MCCORMICK, Neil, “Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos”, *Doxa Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 5, 1998.
- MINERESKY, 2007 en Viola, Sabrina, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, *Cuestión de Derechos*, revista electrónica, No. 3.

- NINO, Carlos S, "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 7, 1990.
- PALOMBELLA, Gianluigi, "Derechos Fundamentales Argumentos para una teoría", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No.22, 1999.
- PAZOS, María Inés, "El principio de autonomía de la persona en el discurso moral: análisis de un argumento pragmático", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 12, 1992.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio, "La universalidad de los Derechos Humanos", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 15, 1994.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, "Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4, 1987.
- RAZ, Joseph, "El problema de la naturaleza del derecho", *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, No. 03, 1995.
- RENTERÍA Díaz, Adrián, "Derechos Humanos. Justificación y garantías", *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 28, Abril 2008, México.
- SIECKERMANN, Jan-R, "El concepto de autonomía" *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 31, 2008.
- SPECTOR, Horacio, "La filosofía de los derechos humanos", *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, No. 15, 2001.
- SUMMERS, Robert, "Los derechos humanos y su protección", *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 20, 2004.
- THIMM, Andreas. "Necesidades básicas y derechos humanos". *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 7, 1990.
- VERNENGO, Roberto J., "Los derechos humanos como razones morales justificatorias", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No 7, 1990.

➤ Mesografía

AARNIO, Aulis, *Reglas y principios del razonamiento jurídico*.
<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf> Consultada en
fecha 13 de septiembre de 2013.

AQUINO, Santo Tomás De, *Suma Teológica. Parte II-IIae-Cuestión 94*, consultada en
<http://hjg.com.ar/sumat/b/c94.html>. Actualizada a febrero de 2015.

H.L.A. Hart, *¿Existen los derechos naturales?*.
http://www.cepchile.cl/dms/archivo_785_1193/rev37_hart.pdf. Actualizado a febrero
2014.

http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html Consultada en fecha 11 de
septiembre de 2013.

<http://www.unicef.org/mexico/spanish/ninos.html> Actualizada a febrero 2015.

<http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html> Actualizada a
febrero 2015.

<http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php> Actualizada a febrero 2015.

<http://www.sre.gob.mx/tratados/> Actualizada a febrero de 2015.

<http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/5-A-20.pdf> Consultada el 11 septiembre 2013.

<http://www.ohchr.org/SP/ABOUTUS/Pages/BriefHistory.aspx> Actualizada a febrero
2015.

<http://www.oas.org/dil/esp/Declaración%20sobre%20los%20Principios%20Sociales%20y%20Jur%C3%ADdicos%20relativos%20a%20la%20protección%20y%20el%20bienestar%20de%20los%20niños%20Republica%20Dominicana.pdf>. Consultada
en fecha 11 septiembre 2013.

<http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html>
Actualizada a febrero 2015.

http://www.cndh.org.mx/Instrumentos_Internacionales_Derechos_Humanos Actualizada
a febrero 2015.

<http://www.cinu.org.mx/onu/mexico.htm#asamblea> Actualizada a febrero 2015.

<http://www.cinu.org.mx/onu/mexico.htm#admission> Actualizada a febrero 2015.

http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_content&id=300 Actualizada a febrero 2015.

<http://www.cdhpuebla.org.mx/index.php/ambito-internacional-194/organismos-internacionales-y-regionales-en-derechos-humanos> Actualizada a febrero 2015.

<http://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/a-res-66-138-spanish.pdf>. Consultada en fecha 11 de septiembre de 2013.

<http://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/a-res-66-138-spanish.pdf>. Consultada en fecha 11 de septiembre de 2013.

<http://portaldic10.cd hdf.org.mx/transparencia/index.php?id=norproteccion> Consultada en fecha 13 de septiembre de 2013.

<http://portaldic10.cd hdf.org.mx/transparencia/index.php?id=nordirec> Consultada en fecha 13 de septiembre de 2013.

HERRERA, Marisa, *Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil, y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino.*

http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/herrera-ensayo_para_pensar_en_justicia_y_derechos.pdf; Consultada en fecha 24 de septiembre de 2013.

DICCIONARIO de la Real Academia Española <http://lema.rae.es/drae/?val=condición> Actualizada a febrero de 2015.

DEL RÍO, Norma, *Un sector históricamente olvidado. Políticas públicas dirigidas a la primera infancia en México.* UAM. Pág. 3. Tomado de http://www.uam.mx/cdi/pdf/redes/viii_chw/sector.pdf Consultada en fecha 5 de octubre de 2013.

CILLERO Bruñol, Miguel, *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios.* Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf Actualizada a febrero 2015.

PEZZETTA, Silvina, *Notas sobre el constructivismo en la teoría trialista del Derecho en Investigación y Docencia,* No. 40,

www.centrodefilosofia.org.ar/InvestigaciónyDocenciaNo.40, Consultada en fecha 20 de septiembre de 2013.

ROJAS Amandi, Víctor, *Los derechos en serio*. Revisado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr28.pdf>

Actualizada a febrero de 2015.

TAMAYO Valenzuela, José Alberto, *La teoría del derecho de H.L.A. Hart*. Revisado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/237/art/art14.pdf>

Actualizada a febrero 2014.

➤ Instrumentos legislativos

- Nacionales

Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos, Publicado en el Diario Oficial de la Federación en 1929, Texto Vigente.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicada en el Diario Oficial de la Federación en 1917, Texto Vigente.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Publicada en el Diario Oficial de la Federación en 2014, Texto Vigente.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Publicada en el Diario Oficial de la Federación en 2000, Texto abrogado en 2014.

Exposición de Motivos del Decreto por el que se reforman los párrafos sexto y séptimo del artículo 4º; y se adiciona la fracción XXIX-P al artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comisión de legislación y puntos constitucionales, Expediente 6904/LXXII.

- Internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José. San José Costa Rica, Organización de los Estados Americanos, 1969.

Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 1989.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 1789.

Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas.
Resolución 1386, 1959.

Observación General número 5, Medidas generales de aplicación, CRC/GC/2003/5.
Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, 2003.

Observación General No.12. CRC/C/GC/12, El derecho del niño a ser escuchado,
Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Ginebra 2009.

Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior
sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo1), CRC/C/GC/14. Comité de
los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Distr. General, 2013.

➤ **Jurisprudencia**

- *Nacional*

*Derecho de los menores de edad a participar en los procedimientos jurisdiccionales
que afecten su esfera jurídica. Lineamientos para su ejercicio.* Tesis aislada.
Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su
Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1.

Contradicción de Tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer tribunal
Colegiado en materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y
el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. 3 de
septiembre de 2013.

Registro núm. 162807, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente:
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIII, febrero de 2011,
Interés Superior del niño, función en el ámbito Jurisdiccional.

- *Internacional*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo,
Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No.
100.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*,
Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C
No. 239.

➤ **Otros instrumentos jurídicos**

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niños, niñas y adolescentes, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Marzo 2014, Segunda Edición.

Las decisiones de niños, niñas y adolescentes a la luz del principio de la autonomía personal. Documentos de trabajo No. 6, emitido por el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.